



تقریرات درس مکاسب

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد ششم



تقریرات درس مکاسب

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد ششم

فیاضی، عبدالحسین، ۱۳۴۶ - تقریر کنندہ درس استاد علی محمدی خراسانی.

تقریرات درس مکاسب استاد علی محمدی خراسانی، با کوشش عبدالحسین فیاضی - قم: الامام الحسن بن علی علیہ السلام، ۱۳۹۰. ۹ مجلد.

ISBN 978-964-7686-03-7 (ج. ۶) ۴۸۰ ص

فہرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

کتابنامہ: بہ صورت زیر نویس

۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. تقریرات درس مکاسب

استاد محمدی خراسانی. ۲. فقہ شیعہ. الف. انصاری، مرتضی، مکاسب.

شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب. تقریرات -



شناسنامہ کتاب

☐ نام کتاب: تقریرات درس مکاسب (جلد ۶)

☐ با کوشش عبدالحسین فیاضی

☐ ناشر: الامام الحسن بن علی علیہ السلام

☐ نوبت چاپ: سوم/ ۱۳۹۰

☐ تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه

☐ قیمت: ۶۷۰۰ تومان

☐ چاپخانہ: یاران

☐ صحافی: زرّین

مرکز پخش:

۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

فهرست مطالب

| | |
|-----------------------------|---------------------------------|
| بیع الفضولی لنفسه | قوله: ولا ینتقض: ۲۸ |
| المسألة الثالثة ۱۵ | قوله: وقد تَقَطَّن: ۲۹ |
| قوله: ولا وجه: ۱۶ | قوله: والانسب فی التفصی: ۲۹ |
| قوله: منها: ۱۷ | قوله: مع أنه: ۳۱ |
| قوله: والجواب: ۱۸ | قوله: ویتفرع: ۳۴ |
| قوله: و منها: ۱۸ | قوله: اقول: ۳۵ |
| قوله: وفيه: ۱۸ | قوله: واما الثاني: ۳۶ |
| قوله: ومنها: ۱۹ | قوله: نعم: ۳۷ |
| قوله: والجواب: ۱۹ | قوله: الا ان يحمل: ۳۷ |
| قوله: نعم: ۲۰ | قوله: كيف كان: ۳۸ |
| قوله: ولذا ذكروا: ۲۰ | قوله: ثم إنَّ ممَّا ذكرنا: ۳۸ |
| قوله: وقد تخيل: ۲۱ | قوله: وحينئذ: ۳۹ |
| قوله: وقد عرفت: ۲۱ | قوله: اقول: ۴۰ |
| قوله: لأنَّ المفروض: ۲۲ | قوله: ولذا: ۴۲ |
| قوله: و منها: ۲۲ | قوله: ثم اعلم: ۴۲ |
| قوله: فيكون: ۲۲ | قوله: و من هنا: ۴۲ |
| قوله: وقد اجاب: ۲۳ | قوله: بقى امران: ۴۳ |
| قوله: وفيه: ۲۴ | قوله: الاول: ۴۳ |
| قوله: فالاولى فى الجواب: ۲۵ | قوله: و منه جعل: ۴۴ |
| ۲- قوله: و حيث: ۲۵ | قوله: ثم ان: ۴۴ |
| قوله: ولكن: ۲۶ | قوله: فكما ان: تنظير: ۴۵ |
| قوله: وبالجملة: ۲۷ | قوله: و حينئذ: حكم اين صورت: ۴۶ |
| قوله: و بهذا استشكل: ۲۷ | قوله: اذ المال: ۴۶ |

| | | | |
|----|------------------------------------|----|-----------------------------|
| ٧٣ | قوله: مدفوعة:..... | ٤٧ | قوله: ألاَّ اِنَّ:..... |
| ٧٣ | قوله: فجميع:..... | ٤٧ | قوله: وقد يظهر:..... |
| ٧٤ | قوله: لكن ذلك:..... | ٤٨ | قوله: و حيث عرفت:..... |
| ٧٤ | قوله: اللهم ألاَّ:..... | ٤٩ | ٤- قوله: ظهر من ذلك:..... |
| ٧٥ | قوله: ومما ذكرنا:..... | ٥٠ | قوله: اعتقاداً:..... |
| ٧٥ | قوله: وقد التزم:..... | ٥١ | قوله: ثمَّ اِنَّه قال:..... |
| ٧٥ | قوله: و يرد على الوجه الثاني:..... | ٥٢ | قوله: فالخلاف:..... |
| ٧٦ | قوله: و لا جل ما ذكرنا:..... | ٥٤ | قوله: و ظاهره:..... |
| ٧٧ | قوله: و دعوى:..... | ٥٦ | قوله: نعم:..... |
| ٧٧ | قوله: مدفوعة:..... | ٥٧ | قوله: الثاني:..... |
| ٧٧ | قوله: و لاجل ما ذكرنا ايضاً:..... | ٦٠ | قوله: و توهم:..... |
| ٧٨ | قوله: و الحاصل:..... | ٦٠ | قوله: فى غير محلّه:..... |
| ٧٩ | قوله: و بتقرير آخر:..... | ٦١ | قوله: و ربما يستدل:..... |
| ٨٠ | قوله: و ثانياً:..... | ٦٢ | قوله: و فيه:..... |
| ٨١ | قوله: و ممّا ذكرنا:..... | ٦٣ | قوله: و اعتبار:..... |
| ٨٢ | قوله: و قس على ذلك:..... | ٦٣ | ألاَّ اِن يقال:..... |
| ٨٣ | قوله: و ثالثاً:..... | ٦٣ | قوله: نعم لو قلنا:..... |
| ٨٣ | قوله: فتأمل:..... | ٦٤ | قوله: و لكن الانصاف:..... |
| ٨٣ | ثانياً: قوله: اِنَّ هذا:..... | ٦٤ | قوله: هذا كلّ:..... |
| ٨٥ | قوله: و قد تحضّل:..... | ٦٥ | قوله: و الآثار:..... |
| ٨٥ | قوله: و قد تبين:..... | ٦٦ | قوله: فانهم:..... |
| ٨٦ | قوله: ولذا:..... | | القول فى الاجازة و الردّ |
| ٨٦ | قوله: و امّا الاخبار:..... | ٧٠ | قوله: و يرد:..... |
| ٨٩ | قوله: بقى الكلام:..... | ٧٠ | قوله: و منه يظهر:..... |
| ٩١ | ج: قوله: و لو نقل:..... | ٧١ | قوله: فانه اذا:..... |
| ٩٢ | قوله: و ضابط:..... | ٧١ | قوله: و دعوى:..... |

| | |
|---------------------------------|--|
| تنبيه دَوْم: ۱۱۶ | قوله: ثم أَنهم: ۹۳ |
| قوله: و رِيْمَا يحكى: ۱۱۷ | قوله: فلا يرد: ۹۶ |
| ۵- قوله: بل لولا: ۱۱۷ | قوله: و فيه: ۹۶ |
| قوله: بقى فى المقام: ۱۲۰ | قوله: فالاولى: ۹۶ |
| تنبيه سَوْم: ۱۲۲ | ج: قوله: و منها: ۹۷ |
| قوله: والدليل: ۱۲۲ | ۱- قول به تفصيل: ۹۸ |
| قوله: فتأمل: ۱۲۳ | ۲- قوله: و رِيْمَا احتمل: ۹۹ |
| قوله: نعم: ۱۲۳ | قوله: و هو الذى: ۹۹ |
| قوله: اللّٰهُم: ۱۲۳ | قوله: و فيه: ۹۹ |
| قوله: و دعوى: ۱۲۳ | قوله: و امّا على القول بالكشف: ۱۰۰ |
| قوله: يدفعها: ۱۲۳ | ۳- قوله: و رِيْمَا اعترض: ۱۰۰ |
| قوله: و بالجملة: ۱۲۴ | قوله: اقول: ۱۰۱ |
| تنبيه چهارم: ۱۲۴ | قوله: و من هنا تبين: ۱۰۲ |
| قوله: فلو مات: ۱۲۵ | قوله: و دعوى: ۱۰۳ |
| قوله: و الفرق: ۱۲۵ | قوله: مدفوعة: ۱۰۴ |
| تنبيه پنجم: ۱۲۶ | قوله: و لاجل: ۱۰۵ |
| قوله: ولو اجازهما: ۱۲۷ | قوله: و امّا مثل النظر: ۱۰۶ |
| قوله: و لكن: ۱۲۸ | قوله: فحرمة: ۱۰۷ |
| قوله: و عن المختلف: ۱۲۸ | قوله: ثمَّ اَنَّ: ۱۰۷ |
| تنبيه ششم: ۱۲۹ | قوله و رِيْمَا يعترض: ۱۰۹ |
| قوله: فلو لم يجوز: ۱۳۰ | قوله: و فيه: ۱۱۰ |
| تنبيه هفتم: ۱۳۰ | قوله: نعم: ۱۱۱ |
| قوله: و ضرر: ۱۳۲ | قوله: و ربما يقال: ۱۱۲ |
| قوله: بناءً: ۱۳۲ | |
| قوله: و لذا: ۱۳۳ | |
| | تنبيهات اجازه |
| | تنبيه اوّل: ۱۱۴ |
| | قوله: فلو قصد: ۱۱۵ |

| | |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| الکلام فى المّجيز | قوله: الرابع: ١٥٥ |
| قوله: ولو اجازہ: ١٣٤ | قوله: فان قلت: ١٥٦ |
| قوله: و استدل: ١٣٦ | قوله: قلت: ١٥٦ |
| قوله: و يضعّف: ١٣٦ | قوله: اقول: ١٥٧ |
| قوله: و اما الضرر: ١٣٧ | قوله: نعم: ١٥٨ |
| قوله: مضافاً: ١٣٨ | قوله: ثمّ انّ: ١٥٨ |
| قوله: كيف كان: ١٣٨ | ٢- قوله: ثمّ انّ ما ذكره: ١٥٩ |
| قوله: ثمّ اعلم: ١٣٩ | ٣- قوله: خصوصاً: ١٦٠ |
| قوله: فان اريد: ١٤٠ | ٤- قوله: مع انّ: ١٦٠ |
| قوله: فالاولى ما فعله: ١٤٠ | قوله: و التحقيق: ١٦٠ |
| قوله: فيرجع: ١٤١ | قوله: الخامس: ١٦١ |
| قوله: فالكلام: ١٤٢ | قوله: كما نو بيع: ١٦١ |
| مسألة اول ١٤٣ | قوله: فعلى هذا: ١٦١ |
| مسألة دوم ١٤٤ | قوله: و توقّف: ١٦٢ |
| قوله: بل يظهر: ١٤٦ | قوله: بل: ١٦٢ |
| قوله: و المحكى: ١٤٧ | قوله: و الجواب: ١٦٤ |
| قوله: و الاقوى: ١٤٧ | قوله: و الحاصل: ١٦٤ |
| قوله: الاول: ١٤٨ | قوله: السادس: ١٦٤ |
| قوله: و ربّما لا يجرى: ١٤٩ | قوله: و بالجملة: ١٦٥ |
| قوله: و فيه: ١٤٩ | قوله: و الجواب: ١٦٦ |
| قوله: الثانى: ١٥٠ | قوله: و الجواب انّ: ١٦٨ |
| قوله: و فيه: ١٥١ | قوله: و اما الفعل: ١٦٨ |
| قوله: الثالث: ١٥٢ | قوله: نعم لو فسخ: ١٦٨ |
| قوله: و فيه: ١٥٢ | قوله: فالحاصل: ١٦٨ |
| قوله: و لا يتوهم: ١٥٤ | قوله: و تسمية: ١٦٨ |
| قوله: كما انّ: ١٥٤ | قوله: نعم لو فرضنا: ١٦٩ |

| | |
|------------------------------------|--------------------------------------|
| قوله: و لذا لو فرضنا: ۱۶۹ | قوله: فتأمل: ۱۸۸ |
| ۲- قوله: و اما الالتزام: ۱۶۹ | مسألة دَوَم قوله: ثم أنه: ۱۸۹ |
| قوله: و من ذلك: ۱۶۹ | قوله: و التزامه: ۱۹۰ |
| قوله: السابغ: ۱۷۰ | قوله: ليس: ۱۹۰ |
| قوله: و لا يخفى: ۱۷۴ | قوله: اللهم: ۱۹۰ |
| قوله: و الجواب: ۱۷۵ | قوله: لكن: ۱۹۰ |
| قوله: و منه يظهر: ۱۷۶ | قوله: و المقام: ۱۹۱ |
| قوله: و ما قيل: ۱۷۶ | قوله: فتأمل: ۱۹۱ |
| قوله: مدفوع: ۱۷۶ | قوله: مضافاً: ۱۹۲ |
| قوله: نعم: ۱۷۷ | قوله: و فحوى: ۱۹۲ |
| قوله: لكن الظاهر: ۱۷۷ | قوله: ثم لو سلم: ۱۹۳ |
| قوله: و الحاصل: ۱۷۸ | قوله: و لو باع: ۱۹۴ |
| قوله: مثلاً: ۱۷۸ | مسألة سَوَم ۱۹۴ |
| قوله: و لا يجب: ۱۷۸ | قوله: لكن الظاهر: ۱۹۵ |
| قوله: فافهم: ۱۷۹ | قوله: و عن المختلف: ۱۹۶ |
| قوله: اللهم ألا ان يقال: ۱۷۹ | قوله: و فى توقفه: ۱۹۶ |
| قوله: فالانصاف: ۱۸۰ | قوله: اقول: ۱۹۹ |
| قوله: و اما صحته: ۱۸۰ | قوله: نعم: ۲۰۱ |
| قوله: نعم: ۱۸۱ | قوله: و اما ما ذكر: ۲۰۱ |
| قوله: لكن الاعتماد: ۱۸۲ | قوله: اللهم: ۲۰۲ |
| قوله: فتدبر: ۱۸۳ | قوله: ولكن: ۲۰۲ |
| قوله: فالاقوى: ۱۸۳ | قوله: و من ذلك يظهر: ۲۰۲ |
| قوله: ثم ان الواجب: ۱۸۴ | قوله: و كيف كان: ۲۰۲ |
| قوله: استدلاله: ۱۸۶ | قوله: ولكن الاقوى: ۲۰۴ |
| قوله: فحيثئذ: ۱۸۶ | قوله: ألا ان يقال: ۲۰۴ |
| قوله: و ما ذكره: ۱۸۷ | دليل دَوَم قوله: فاللدليل: ۲۰۵ |

| | |
|-----|------------------------------|
| ٢٣٣ | قوله: واقتصِر: ٢٠٦ |
| ٢٣٣ | قوله: والمَحْكَى: ٢٠٧ |
| ٢٣٥ | قوله: ويَحْتَمِل: ٢٠٨ |
| ٢٣٥ | قوله: والأَصَح: ٢١١ |
| ٢٣٥ | قوله: وظاهر كلامه: ٢١١ |
| ٢٣٦ | قوله: نعم: ٢١٣ |
| ٢٣٧ | قوله: وما ذكره: ٢١٣ |
| ٢٣٨ | قوله: نعم: ٢١٦ |
| ٢٣٨ | قوله: وحيث: ٢١٧ |
| ٢٣٩ | قوله: فافهم: ٢١٧ |

الكلام فى المجاز

| | |
|-----|------------------------|
| ٢٣٨ | قوله: وذلك: ٢١٦ |
| ٢٣٨ | قوله: ولهذا: ٢١٧ |
| ٢٣٩ | قوله: بل: ٢١٧ |
| ٢٣٩ | قوله: نعم: ٢١٨ |

الكلام فى الرد

| | |
|-----|---|
| ٢٤٠ | قوله: مسألة: ٢١٨ |
| ٢٤٠ | قوله: وكذا: ٢٢٠ |
| ٢٤١ | ب: قوله: وأما التصرف: ٢٢٠ |
| ٢٤٢ | قوله: لأن صحة الاجازة: ٢٢١ |
| ٢٤٤ | قوله: نعم: ٢٢١ |
| ٢٤٤ | قوله: فتأمل: ٢٢٢ |
| ٢٤٤ | قوله: ومنه يعلم: ٢٢٢ |
| ٢٤٥ | قوله: ودعوى: ٢٢٤ |
| ٢٤٥ | قوله: مدفوعة: ٢٢٧ |
| ٢٤٦ | قوله: نعم: ٢٢٨ |
| ٢٤٦ | ج: قوله: بقى الكلام: ٢٣٠ |
| ٢٤٨ | قوله: ألا ان يقال: ٢٣٠ |
| ٢٤٨ | دليل دؤم: قوله: انّ المانع: ٢٣١ |
| ٢٤٩ | دليل سؤم: قوله: فحوى الاجماع: ٢٣١ |
| ٢٤٩ | قوله: فانّ الوجه: ٢٣٢ |
| ٢٤٩ | ٢- قوله: ومن انّ: ٢٣٢ |

| | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| قوله: ولا يكفى:..... ٢٥٠ | قوله: نعم:..... ٢٦٦ |
| قوله: نظير:..... ٢٥١ | قوله: ولكن:..... ٢٦٦ |
| قوله: نعم:..... ٢٥١ | قوله: فتأمل:..... ٢٦٨ |
| قوله: بل:..... ٢٥١ | قوله: ولذا لم يصرح:..... ٢٦٩ |
| قوله: ولذا:..... ٢٥٢ | قوله: نعم:..... ٢٧٠ |
| قوله: والحاصل:..... ٢٥٢ | قوله: وان امكن:..... ٢٧٠ |
| قوله: وكذا الوكالة:..... ٢٥٣ | قوله: ثم ان:..... ٢٧١ |
| قوله: واما الفسخ:..... ٢٥٣ | قوله: ومتلف:..... ٢٧٤ |
| قوله: ثم ان الرد:..... ٢٥٤ | قوله: فان:..... ٢٧٥ |
| مسألة آثار اجازة بيع فضولى | |
| قوله: ولو كان:..... ٢٥٦ | قوله: واما السكوت:..... ٢٧٦ |
| قوله: ولا يقدح:..... ٢٥٧ | قوله: وفيه:..... ٢٧٨ |
| قوله: وان كان عالماً:..... ٢٥٨ | قوله: ومجرر رجوع:..... ٢٨٠ |
| قوله: والتسليط:..... ٢٥٨ | قوله: كيف كان:..... ٢٨١ |
| قوله: ولان:..... ٢٥٩ | قوله: فما فى الرياض:..... ٢٨١ |
| قوله: فتأمل:..... ٢٥٩ | قوله: لا يخلو:..... ٢٨٢ |
| قوله: وهل يجوز:..... ٢٥٩ | قوله: ولكنّه:..... ٢٨٢ |
| قوله: واما لو كان:..... ٢٦٠ | قوله: وقد ظهر:..... ٢٨٥ |
| الف: باب وديعة:..... ٢٦١ | قوله: مضافاً:..... ٢٨٦ |
| قوله: ودعوى:..... ٢٦١ | قوله: ثم ان:..... ٢٨٧ |
| قوله: مندفعه:..... ٢٦١ | ب: قوله: ومما ذكرنا:..... ٢٨٨ |
| قوله: فان قلت:..... ٢٦٢ | قوله: توضيح الاندفاع:..... ٢٨٨ |
| قوله: قلت:..... ٢٦٤ | قوله: وكيف كان:..... ٢٨٩ |
| قوله: ومما ذكرنا:..... ٢٦٤ | ٢- قوله: هذا اذا كانت:..... ٢٨٩ |
| قوله: وجه الفساد:..... ٢٦٥ | قوله: هذا كله:..... ٢٩٠ |
| قوله: وحاصله:..... ٢٦٥ | قوله: واما ما يفرمه:..... ٢٩٠ |
| | قوله: ثم ان:..... ٢٩١ |

| | |
|------------------------------------|---|
| ٣٠٦ قوله: بل:..... | ٢٩٢ قوله: ثم أنه:..... |
| ٣٠٧ قوله: وربما:..... | ٢٩٣ قوله: فان قلت:..... |
| ٣٠٧ قوله: ثم انّ:..... | ٢٩٣ قوله: و حصول:..... |
| ٣٠٨ قوله: ثم انّ البيع:..... | ٢٩٣ قوله: قلت:..... |
| ٣١٠ قوله: ولعله:..... | ٢٩٥ قوله: ويمكن:..... |
| ٣١٠ قوله: ولكن:..... | ٢٩٦ قوله: و اما حال:..... |
| ٣١١ قوله: ومن هنا:..... | ٢٩٧ قوله: فنقول:..... |
| ٣١٢ قوله: ولكن:..... | ٢٩٨ قوله: والحاصل:..... |
| ٣١٢ قوله: والآ:..... | ٢٩٨ قوله: وربما يقال:..... |
| ٣١٤ قوله: فالتحقيق:..... | ٢٩٩ قوله: وانت خير:..... |
| ٣١٤ قوله: فان قلت:..... | ٢٩٩ جواب دؤم: قوله: مع أنه:..... |
| ٣١٥ قوله: قلت:..... | ٣٠٠ جواب سؤم: قوله: مع أنه:..... |
| ٣١٦ قوله: ولا فرق:..... | ٣٠٠ قوله: نظير:..... |
| ٣١٦ قوله: و اما المثلى:..... | ٣٠٠ جواب چهارم: قوله: مع انّ:..... |
| ٣١٧ قوله: فافهم:..... | ٣٠١ جواب پنجم: قوله: مع انّ:..... |
| ٣٢٠ قوله: ومما ذكرنا:..... | ٣٠١ قوله: هذا كله:..... |
| ٣٢٠ قوله: ثم انّ:..... | ٣٠٢ قوله: نعم:..... |
| ٣٢٢ قوله: وما ذكره:..... | ٣٠٢ قوله: ولو لم يقدر:..... |
| ٣٢٢ قوله: الا انه:..... | ٣٠٢ قوله: هذا كله:..... |
| ٣٢٢ قوله: الا ان يمنع:..... | مسألة بيع مملوك وغير مملوك يا بيع ما يملك |
| ٣٢٣ قوله: ولعله:..... | وما لا يملك |
| ٣٢٤ قوله: وان كان:..... | ٣٠٤ قوله: مضافاً:..... |
| ٣٢٥ قوله: لكن:..... | ٣٠٥ قوله: ولما ذكرنا:..... |
| ٣٢٥ قوله: ونظيره:..... | ٣٠٥ قوله: نعم:..... |
| ٣٢٦ قوله: ولذا:..... | ٣٠٥ قوله: و اما على القول:..... |
| ٣٢٦ قوله: وفصل:..... | ٣٠٦ قوله: غاية الامر:..... |

| | |
|---|---------------------------------------|
| قوله: و اعترضه: ۳۲۷ | قوله: و اضعف منها: ۳۴۵ |
| قوله: و على كل حال: ۳۲۷ | قوله: و هل يشترط: ۳۴۶ |
| قوله: و لهذا اقتوا: ۳۲۷ | قوله: و لكن الظاهر: ۳۴۸ |
| قوله: و دعوى: ۳۲۸ | قوله: بل فى مفتاح: ۳۵۰ |
| قوله: مدفوعة: ۳۲۸ | قوله: و لكن الاقوى: ۳۵۲ |
| قوله: الا على احتمال: ۳۲۹ | قوله: و اما الآية: ۳۵۲ |
| قوله: نعم: ۳۳۰ | قوله: و دعوى: ۳۵۴ |
| قوله: و قلله لذا: ۳۳۰ | قوله: ثم لا خلاف: ۳۵۴ |
| قوله: و لكن لا يخفى: ۳۳۱ | قوله: و لو نُقِد الاب: ۳۵۴ |
| قوله: و اما المنكر: ۳۳۱ | قوله: و خرج: ۳۵۵ |
| قوله: و اما مسألة الاقراء: ۳۳۱ | قوله: و ليس المراد: ۳۵۵ |
| قوله: و الظاهر: ۳۳۲ | |
| مسألة بيع ما يُملك و ما لا يُملك | |
| قوله: (دعوى): ۳۳۵ | قوله: و قدر أينا: ۳۵۷ |
| قوله: عدا ما يقال: ۳۳۶ | قوله: فنقول: ۳۵۹ |
| قوله: و لذا: ۳۳۶ | قوله: ثم أنه: ۳۶۰ |
| قوله: نعم: ۳۳۷ | قوله: اذا عرفت: ۳۶۰ |
| قوله: و يمكن: ۳۳۷ | قوله: فتأمل: ۳۶۷ |
| قوله: مع أنه: ۳۳۸ | قوله: و المقصود: ۳۶۷ |
| قوله: كما صرح: ۳۳۸ | قوله: و اما بالمعنى الثانى: ۳۶۸ |
| قوله: لكن ما: ۳۳۹ | قوله: و كيفكان: ۳۷۰ |
| قوله: ثم انّ: ۳۳۹ | قوله: و المرجع: ۳۷۰ |
| قوله: لكن: ۳۴۰ | قوله: و اما ولاية فقيه: ۳۷۱ |
| قوله: و يشكل: ۳۴۰ | قوله: الى غير ذلك: ۳۷۴ |
| مسألة ولاية پدر و جد پدرى | |
| قوله: و المشهور: ۳۴۲ | قوله: فلو طلب: ۳۷۷ |
| | قوله: مع أنه: جواب دوم: ۳۷۷ |

| | |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| ٣٧٨ قوله: بقى الكلام: | ٤٠٠ قوله: بقى الكلام: |
| ٣٧٩ قوله: وحيث أنّ: | ٤٠١ قوله: ويمكن: |
| ٣٨٠ قوله: ثمّ ان علم: | ٤٠٣ قوله: لكن الظاهر: |
| ٣٨٠ قوله: واما وجوب الرجوع: | ٤٠٥ قوله: لكن: |
| ٣٨٣ قوله: واما تخصيصها: | ٤٠٥ قوله: والذي ينبغي: |
| ٣٨٤ قوله: ثمّ أنّ النسبة: | ٤٠٧ قوله: وصحيحه: |
| ٣٨٦ قوله: ولكن: | ٤٠٨ قوله: ولو ترتّب: |
| ٣٨٧ قوله: فقد ظهر: | ٤١٠ قوله: وان شئت: |
| ٣٨٧ قوله: وبالجملة: | ٤١٠ قوله: فتأمّل: |
| ٣٨٨ قوله: وان كان: | ٤١٠ قوله: نعم: |
| ٣٨٨ قوله: نعم: | ٤١١ قوله: فتدبر: |
| ٣٨٩ قوله: ثمّ أنّه: | ٤١١ قوله: ثمّ أنّه: |
| ٣٩٠ قوله: كما اعترف: | ٤١٣ قوله: واما حكّام الشرع: |
| ٣٩٠ قوله: ثمّ أنّ: | ٤١٤ قوله: واما لو: |
| ٣٩١ قوله: لكن يستفاد: | ٤١٥ قوله: لا من حيث: |
| ٣٩٢ قوله: نعم ليس له: | ٤١٥ قوله: بل من حيث: |
| ٣٩٢ قوله: فافهم: | ٤١٦ قوله: فقد ظهر: |
| مسألة ولايت عدول مؤمنين | |
| ٣٩٣ قوله: واعتبار: | ٤١٦ قوله: وربما يتوهم: |
| ٣٩٤ قوله: وكونه: | ٤١٧ قوله: فتأمّل: |
| ٣٩٤ قوله: نعم لو احتمال: | ٤١٧ قوله: مضافاً: |
| ٣٩٦ قوله: قال الشهيد: | ٤١٨ قوله: فقد تبين: |
| ٣٩٨ قوله: نعم: | ٤١٨ قوله: واما جواز: |
| ٣٩٩ قوله: ولهذا: | ٤١٨ قوله: ثمّ أنّه: |
| ٤٠٠ قوله: وبالجملة: | ٤١٩ قوله: ويدلّ عليه: |
| ٤٠٠ قوله: فافهم: | ٤٢٢ قوله: ثمّ أنّ: |
| | ٤٢٢ قوله: فاذا فرضنا: |

| | |
|--|-------------------------------|
| قوله: اما لو جعلنا: احتمال دَوَم: ۴۲۳ | قوله: ولا يعارضه: ۴۴۵ |
| احتمال سَوَم: قوله: وكذا لو جعلنا: ۴۲۳ | قوله: فتأمل: ۴۴۵ |
| ان قلت: ۴۲۴ | قوله: ثم ان: ۴۴۶ |
| قوله: قلت: ۴۲۴ | قوله: واما تمليك المنافع: ۴۴۶ |
| قوله: لكن الانصاف: ۴۲۴ | قوله: نعم: ۴۴۹ |
| قوله: نعم: ۴۲۵ | قوله: فتأمل: ۴۴۹ |
| قوله: الا ان يحمل: ۴۲۸ | قوله: واما الارتهاق: ۴۴۹ |
| قوله: وهل يجب: ۴۲۸ | قوله: واما اعارته: ۴۵۰ |
| قوله: والظاهر: ۴۳۰ | قوله: ومما ذكرنا: ۴۵۰ |
| قوله: نعم: ۴۳۱ | قوله: ثم ان: ۴۵۱ |
| قوله: واما: ۴۳۱ | قوله: وهل يلحق: ۴۵۲ |
| قوله: نعم: ۴۳۲ | قوله: ويعم: ۴۵۲ |
| مسأله اسلام مشترى | |
| قوله: لكن الانصاف: ۴۳۴ | قوله: ونفيه: ۴۵۳ |
| قوله: ولكن: ۴۳۵ | قوله: واما ما دل: ۴۵۴ |
| قوله: ومما ذكرنا: ۴۳۶ | قوله: ومن جميع: ۴۵۵ |
| قوله: فافهم: ۴۳۷ | قوله: ثم انه: ۴۵۵ |
| قوله: واما الآية: ۴۳۷ | قوله: منها: ۴۵۶ |
| ۲- قوله: واخرى: ۴۳۸ | قوله: والوجه: ۴۵۶ |
| قوله: وتعميم: ۴۴۰ | قوله: الا ان: ۴۵۷ |
| قوله: او تعميم: ۴۴۰ | قوله: ومجرد: ۴۵۷ |
| ۳- قوله: وثالثه: ۴۴۰ | قوله: الا ان: ۴۵۸ |
| قوله: وحكومة: ۴۴۲ | قوله: فتأمل: ۴۵۸ |
| قوله: وابعاء: ۴۴۲ | قوله: ومنها: ۴۵۹ |
| قوله: وهذا وان اقتضى: ۴۴۳ | قوله: والحاصل: ۴۶۰ |
| قوله: مضافاً: ۴۴۴ | قوله: ثم ان: ۴۶۱ |

| | |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| ۴۶۸ قوله: و يظهر: | ۴۶۲ قوله: بل هو: |
| ۴۶۹ قوله: و خالف: | ۴۶۳ قوله: و بهذا التقرير: |
| ۴۶۹ قوله: و فيما ذكره نظر: | ۴۶۳ قوله: فالعمدة: |
| ۴۷۱ قوله: و مع: | ۴۶۳ قوله: ثم هل يلحق: |
| ۴۷۱ قوله: و مما ذكرنا: | ۴۶۴ قوله: ثم أنه: |
| ۴۷۲ قوله: محل تأمل: | ۴۶۵ قوله: و منه: |
| ۴۷۲ قوله: و هو حسن: | ۴۶۵ قوله: و يحتمل: |
| ۴۷۳ قوله: فتأمل: | ۴۶۵ قوله: بل صرح: |
| مسألة دیگر تملک کافر نسبت به مصحف | ۴۶۶ قوله: و كيف كان: |
| ۴۷۴ قوله: و استدلو: | ۴۶۶ قوله: لتقدیمه: |
| ۴۷۵ قوله: و ما ذكره حسن: | ۴۶۷ قوله: و يمكن: |
| ۴۷۵ قوله: و في الحاق: | ۴۶۷ قوله: و لكن: |
| ۴۷۵ قوله: و لا يبعد: | ۴۶۸ قوله: نعم: |
| | ۴۶۸ قوله: و يشكل: |

بسم الله الرحمن الرحيم

بیع الفضولی لنفسه

المسألة الثالثة

مسئله سؤم از مجموع سه مسئله بیع فضولی آن است که: شخص فضول، مال مردم را برای خودش مورد معامله قرار دهد (با مال مردم چیزی را برای خود خریداری کند، متاع دیگران را برای خویش به فروش برساند.) و این قسم از بیع فضولی دو مصداق کلی دارد:

الف: بیوع و معاملاتی که غاصبین و سارقین انجام می دهند که مال مردم را سرقت کرده یا به زور از آنها گرفته و برای خود می فروشند. و غالباً بیع الفضولی مال غیره لنفسه از همین نوع و سنخ است.

ب: و گاهی هم مصداق مسئله سؤم آن است که: اشخاصی واقعاً و عند الله مالک حقیقی متاعی نیستند ولی خیال می کنند که مالک اند و با همین اعتقاد و تخیل مال مردم را می فروشند. نمونه اش مطلبی بود که در مسئله اول در مؤید چهارم تحت عنوان صحیح حلی آوردیم که فروشنده با خریدار پارچه اقاله بوضیعه کرده بود و از روی جهل به حکم گمان کرده بود که: پارچه را مالک شده و برای خود به شخص دیگر فروخته بود....

حکم مسئله: آیا چنین بیعی از ریشه و اساس باطل است؟ یا صحیح است و با اجازه مالک اصلی برای خود مالک واقع می شود؟ و یا صحیح است و با اجازه مالک برای شخص فضول واقع می شود؟ قدر مسلم نزد مشهور این است که: برای شخص فضولی و غاصب واقع نمی شود و ثمن به ملک او داخل نمی شود ولی برای مالک اصلی چطور؟ مرحوم شیخ می فرماید: ما نیز به پیروی از مشهور می گوئیم: «الاقوی الصّحة» یعنی چنین معامله ای صحیح است «و یَقَعُ للمالک مع اجازه» و برای این مدّعا به چهار دلیل استدلال می کنیم:

۱- عومات و اطلاقاتی که در مسئله اول گذشت و عمده دلیل ما بر صحّت بود

«اوفوا بالعقود، احل الله البيع، تجارة عن تراض و...» و کیفیت استدلال به این آیات چنان است که در مسئله اول گذشت: (مقتضی موجود است زیرا معامله و عقدی محقق شده و طیب نفس مالک هم حاصل شده، و مانع مفقود است زیرا سبق اذن معتبر نیست....)

۲- فحوای روایات نکاح فضولی: اگر عبدی بدون اذن مولایش برای خود زن اختیار کند، به حکم روایات «ذاک الی سیده ان اجاز جاز»، یعنی با اجازه بعدی مولی این نکاح صحیح است، حال اگر نکاح فضولی لنفسه با اجازه لاحق تصحیح شود، بیع فضولی لنفسه به طریق اولی با اجازه لاحق صحیح خواهد بود. (با این تفاوت که نکاح برای خود عبد واقع می شود نه برای مولی، ولی بیع فضولی برای مالک مجبوز واقع شود)، (البته جناب شیخ اعظم در جواب از دلیل هفتم از ادله صحیح بیع فضولی در مسئله اولی، فحوی و اولویت را رد کردند ولی در اینجا مثل مسئله دوم به فحوی استدلال می کنند و جای اعتراض باقی است.)

۳- اکثر مؤیداتی که در مسئله اول گذشت اطلاق یا عموم داشته و مسئله ثالثه را نیز شامل می گردد مثل معاملات عامل مضارب (متاع دیگر را برای خود بخرد یا برای رب المال) و مثل اتجار به مال الیتیم (غیر ولی با این مال برای خود تجارت کند یا برای یتیم) و بلکه بعضاً در مورد مسئله سوم بود (فروشنده اقاله گر که پارچه مردمان را برای خویش فروخته بود، البته با اعتقاد به مالک بودن) و

۴- روایت محمد بن قیس هم ظهور در بیع لنفسه داشت زیرا معمولاً فرزندی که در غیاب پدر و بدون اذن او مالی از اموال پدر را می فروشد (مثلاً ولیده اب را) برای این می فروشد که از ثمن و پول آن استفاده کند و خودش انتفاع ببرد، مضافاً به عدم استفصال امام علیه السلام که مفید عموم است.

قوله: ولا وجه:

به عقیده ما از لحاظ صحت فرقی میان مسئله اول و سوم نیست و هر دو مورد بیع صحیح تعلیقی است و با اجازه مالک اصلی برای مالک واقع می شود، و هیچ وجه و دلیلی بر تفاوت بینهما وجود ندارد. ولی به عقیده گروهی از فقهاء میان بیع فضولی للمالک (مسئله ۱ و ۲) و بیع فضولی لنفسه (مسئله ۳) فرق است یعنی بیع فضولی برای مالک با اجازه بعدی صحیح است ولی بیع فضولی برای خویش از اصل باطل است، و وجوهی برای

بیان فرق بینهما آورده اند که برخی از این وجوه مخصوص بیع غاصب (مصدق غالب این مسئله) و برخی دیگر عام بوده و جمیع صور مسئله را شامل است. ذیلاً این وجوه را مورد بحث و بررسی قرار می دهیم: (در مجموع پنج وجه است.)

قوله: منها:

وجه اول همان اخبار و روایاتی است که دلیل دوم از ادله قائلین به بطلان در مسئله اولی بود و تحت عنوان سنت ذکر شده و هشت روایت بود که در اینجا به اهم آنها یعنی دو حدیث نبوی استناد شده:

۱- لاتبع مالیس عندک. ۲- لا بیع الا فی ملک که اولی نهی ارشادی بود و ارشاد به فساد بیع داشت یعنی بیع مالیس عندک باطل است، دومی هم نفی جنس بود و بر نفی صحت حمل شد و نتیجه این شد که فقط بیع در ملک صحیح است و بیعی که در ملک انسان نباشد باطل است.

کیفیت استدلال: در این روایات دو احتمال وجود دارد:

۱- اطلاق داشته باشند: یعنی بیع مال مردم باطل است چه بایع این اموال را برای مالکین آنها بفروشد و چه برای خودش بفروشد. که به اطلاقش مسئله سوم را می گیرد.
۲- اختصاص به مسئله سوم و بیع فضولی لنفسه داشته باشند و دلالت کنند که: این بیع باطل است و کاری به بیع فضولی للمالک نداشته باشند.

طبق هر دو احتمال قابل استدلال هستند ولی مرحوم شیخ می فرماید: بناء علی... یعنی ما به این اخبار بنابر احتمال دوم یعنی اختصاص استدلال می کنیم (تا فرق باشد میان بیع فضولی برای مالک و بیع فضولی برای خودش و گرنه طبق احتمال اول و (اطلاق) فرقی نخواهد بود، و علی الفرض برخی از مجوزین در بیع للمالک، جزء ما نعن بیع لنفسه هستند.)

ضمناً در اول این وجه کلمه اطلاق ما تقدم آمده و مراد از اطلاق این است که، بیع فضولی لنفسه مطلقاً باطل است یعنی نه برای فضولی واقع می شود و نه برای مالک اصلی.

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ می‌فرماید: آن مقداری که از این روایات استظهار می‌شود اینست که: بیع فضولی برای خود با بیع فضولی واقع نمی‌شود و «لا تبع مالیس عندک» یعنی بی جهت زحمت نکش و این معامله را انجام نده که برای تو واقع نمی‌شود، و ما نیز این را قبول داریم، ولی منافاتی ندارد که با اجازه بعدی مالک برای خود مالک اصلی واقع شود و اخبار مذکور این امر را متعرض نیست و از این حیث ساکت است و به حکم اطلاعات و عمومات حکم به صحّت آن می‌نمائیم.

قوله: ومنها:

وجه دوم: مسئله سوّم را بر مسئله دوّم مبتنی کرده‌اند و گفته‌اند: معمولاً وقتی غاصب مال مردم را غصب کرده و برای خود می‌فروشد خود غصبیت اماره کراهت و منع مالک است و از اوّل راضی به این معامله نیست پس منع درونی سابق دارد و در مسئله دوّم گفته آمد که: منع سابق مضر است و شرط صحّت بیع فضولی آن است که سابقاً و پیش از معامله منع و نهی و کراهتی در بین نباشد، که علی‌الفرض در مورد غاصب هست، پس این بیع فاقد شرط صحّت است و اذا انتفی الشرط انتفی المشروط یعنی این بیع هم باطل است.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به سه بیان از این وجه جواب داده‌اند:

الف: بحث ما در مسئله سوّم اختصاص به غاصب ندارد تا بگوئید: در این مورد اماره عدم وجود رضا دارد... بلکه بحث اعم است و شخصی را هم که با اعتقاد به مالکیت مال مردم را می‌فروشد شامل است و در مورد او کراهت و منعی نیست.

ب: غصبیت اماره عدم رضایت است ولی قدر مسلم اماره عدم رضا بر وقوع بیع برای غاصب است یعنی مالک اصلی راضی نیست که معامله برای غاصب واقع شود، ولی اماره بر عدم رضا به اصل البیع نیست، ای چه بسا به اصل بیع راضی باشد، و خلاصه از این جهت غاصب و غیر غاصب فرقی ندارد گاهی غاصب می‌فروشد ولی مالک اصلی راضی به بیع او هست و آن را اجازه می‌کند و بیع برای مالک واقع می‌شود. و گاهی غیر غاصب می‌فروشد ولی مالک اصلی راضی نیست و اجازه نمی‌دهد.

ج: اصل مبنای استدلال شما را قبول نداریم زیرا شما مسئله سوّم را بر مسئله دوّم مبتنی کردید و گفتید: در صحّت معامله عدم سبق نهی شرط است... ولی ما در مسئله دوّم ثابت کردیم که چنین چیزی شرط نیست و منع سابق قاذح نیست، حتّی اگر نهی صریح بکند باز اجازه بعدی صحیح است تا چه رسد به مجرد کراهت نفسانی نسبت به بیع.

قوله: ومنها:

وجه سوّم: شخص فضول وقتی مال مردم را برای خودش می فروشد و قصدش این است که معامله برای او واقع شود، در واقع قصد معاوضه حقیقه ندارد «صغری» و هر جا که قصد معاوضه حقیقه نباشد و صرفاً عقد صوری، ظاهری و شکلی باشد عقد باطل است «کبری» پس بیع فضولی لنفسه باطل است «نتیجه».

بیان صغری: معاوضه حقیقی آن است که: مثنی از ملک هرکسی خارج شد ثمن در ملک همان کس داخل شود تا مبادله و جابجائی صدق کند و معنا ندارد که مثنی از ملک مالک اصلی خارج شود ولی ثمن در ملک بایع فضولی داخل شود، پس در حقیقت فضولی مال مردم را مجاناً به دیگری اعطا کرده و در عوض ثمن را هم برای خود اخذ کرده است و این بیع نیست بلکه تملیک مال مردم به دیگران به صورت مجانیه است. و بیان کبری و نتیجه روشن است.

قوله: والجواب:

اولاً این وجه اختصاص به بیع غاصب دارد، زیرا غاصب به غصبیت و ملک مردم بودن عالم است و با چنین علمی قصد معاوضه حقیقی مشکل است، ولی بحث ما در مسئله سوّم مخصوص بیع غاصب نیست، بلکه بیع کسی را هم که به اعتقاد مالک بودن می فروشد شامل است و در اینجا بلاشک فروشنده قصد معاوضه حقیقی دارد.

و ثانیاً در مورد غاصب هم قصد معاوضه حقیقی وجود دارد، به این صورت که: فرد غاصب اوّل خود را نازل منزله مالک قرار می دهد و ادّعای مالکیت می کند و یا غیر غاصب اوّل عقیده به ملکیت پیدا می کند، و بدنبال این جعل و فرض و تنزیل، حقیقتاً و جداً قصد معاوضه کرده و مال مردم را برای خود می فروشد، البته به صرف جعل و تنزیل وی حقیقتاً مالک نمی شود ولی معامله ای که بر این جعل و اعتبار مبتنی می شود یک معاوضه حقیقی است.

تَنْظِیْر: مانحن فیه از قبیل حقیقت ادعائی سگّاکِی است که تصرّف در یک امر عقلی است نه وضعی و استعمالی، یعنی اوّل در عالم ادّعا و فرض، رجل شجاع را فردی از اسد و حیوان مفترس فرض می‌کنیم و بدنّال این تنزیل وقتی می‌گوییم: «رأیتُ اسداً» مجاز گوئی نکرده‌ایم بلکه کلمه اسد را در خود حیوان مفترس استعمال کرده‌ایم و بر فرد ادّعائی اش تطبیق کرده‌ایم

نتیجه: بیع فضولی لنفسه از لحاظ قصد معاوضه حقیقی کمبودی ندارد، پس مانعی ندارد که با اجازه بعدی مالک برای او واقع شود.

قوله: نعم:

اگر می‌خواهید بدانید که کجاها بیع فضولی لنفسه باطل است و فضولی قصد معاوضه حقیقی ندارد، ما موردش را می‌آوریم: مال مردم را برای خود بفروشد یعنی قصدش این باشد که ثمن به ملک او درآید. ولی نه مالک حقیقی و واقعی مثن است و نه ادّعی مالکیت دارد (آنگونه که در بیع غاصب است که معمولاً خود را مالک دانسته و بیع می‌کند) و نه اعتقاد به مالکیت دارد (در مواردی که جهل مرکّب دارد و خیال می‌کند که مالک فلان مال است در حالی که مالک نیست). بدون تمام اینها می‌گوید: بعث فلان مال را... اینجا است که معامله مذکور کلاً باطل است یعنی نه برای فضولی واقع می‌شود و نه با اجازه بعدی برای خود مالک واقع می‌شود، چرا که معاوضه حقیقی در بین نیست و صرفاً صورت معامله در کار است، و چنین چیزی بیشتر به شوخی می‌ماند تا به معامله جدی، و قهراً قابل حقوق اجازه نیست.

قوله: ولذا ذکروا:

این فراز شاهد صدق بر مطلب فراز قبلی است که با عنوان «نعم» ذکر شد: اگر کسی با مال خویش برای دیگران متاعی را خریداری کند که ثمن از ملک مالک اصلی خارج شود و جای ثمن در ملک او و جیب او خالی شود ولی مثن جای خالی ثمن را پر نکند و به ملک وی درنیاید بلکه ملک شخص دیگر شود و دست او را پر کند. در چنین موردی فقهاء حکم به بطلان شراء کرده‌اند و گفته‌اند: نه برای مالک اصلی واقع می‌شود و نه برای فضولی.

البته در این شراء سه احتمال مطرح است:

۱- منظور این باشد که اوّل با پول خودش جنسی را برای خود خریداری کند و سپس آن متاع را به دیگری هبه و هدیه و در یک کلام تملیک کند. چنین چیزی بلامانع است و نظیرش را قبلاً در مسئله: *إِشْتَرَى بَمَالٍ لِنَفْسِكَ طَعَاماً* آوردیم.

۲- منظور این باشد که مالک اصلی وی را به منزله مالک فرض کرده و برای او جعل مالکیت کند و سپس با پول خود برای او متاعی خریداری کند. که این مجرد فرض و بعید است و شیخ اعظم متعرّض نیست.)

۳- بدون ادّعای مالکیت برای غیر نسبت به ثمن و بدون اعتقاد به مالکیت او با مال خود برای دیگران متاعی خریداری کند، باز قطعاً باطل است زیرا معاوضه حقیقی نیست.

قوله: و قد تخیّل:

بعضی از محققین فرموده‌اند: بطلان معامله در فرع مذکور (شراء با مال خود برای دیگران) مستلزم بطلان بیع در ما نحن فیه است (بیع مال مردم برای خود) زیرا ما نحن فیه عکس فرع مذکور است (فرع مذکور با مال خود برای دیگران چیزی خریداری کند و ما نحن فیه مال دیگران را برای خود بفروشد). و قانون منطقی آن است که: کلاً صدق الاصل صدق العکس، یعنی هر حکمی اصل داشت فرع هم دارد، و اصل یا مورد مذکور باطل است پس عکس و ما نحن فیه هم باطل خواهد بود.

قوله: و قد عرف:

مرحوم شیخ در رد تخیّل مذکور می‌فرماید: ما نحن فیه عکس فرع مذکور نیست؛ زیرا ما نحن فیه فرض تنزیل و جعل و ادّعای اعتقاد به مالکیت است و بر این اساس قصد بیع می‌کند ولی فرع مذکور در موردی است که خریدار و مالک اصلی نه اعتقاد به مالکیت طرف دارد و نه او را به منزله مالک فرض می‌کند و صرفاً بیع صوری است.

آری عکس فرع مذکور مطلبی است که تحت عنوان نعم آوردیم: فضولی مال مردم را برای خود بفروشد آنهم بدون ادّعای مالکیت یا اعتقاد بدان... و این در حکم تابع آن اصل است و چنانچه شراء مذکور در *مَنْ اشْتَرَى بِمَالِهِ...* باطل است، بیع مذکور (باع مال غیره لنفسه) هم باطل است چون در هر دو قصد معاوضه حقیقی ندارد. ولی ما نحن فیه از این قبیل نیست و فرض کلام ما در جایی است که: با ادّعا و تنزیل معامله را انجام

می‌دهد و در اینجا می‌گوییم: با اجازه لاحق برای مالک اصلی واقع می‌شود وگرنه اگر ادعائی نباشد که معاوضه حقیقی نیست و اجازه هم به جائی بند نمی‌شود.

قوله: لَانَ المفروض:

مرحوم شهیدی فرموده: ای مفروض البحث بین الاصحاب انما كان فی بيع الغاصب الذی لو اجازه المالك كان البيع له و لا يكون كذاک الا فی صورة التنزیل المذكور، و معلوم ان هذه الصورة لیست ما هو المراد من المثل اعنى الشراء بماله لغيره من دون تنزیل الغير منزلة نفسه حتّى یلزم من بطلانه بطلان ما نحن فيه و انما عكسه بيع الغاصب لنفسه بدون التنزیل المذكور و لا ریب فی بطلانه^۱.

قوله: ومنها:

وجه چهارم از وجوه بطلان: شخص فصول مال مردم را برای خود می‌فروشد و قصدش آن است که بیع مزبور برای خود او واقع شود و ثمن به ملک او درآید، آنگاه وقتی مالک اصلی بعداً این بیع را اجازه می‌کند و شما حکم به صحّت می‌کنید منظور چیست؟ مالک اصلی چه چیز را امضاء می‌کند؟ از دو حال خارج نیست:

۱- یا همان را که فضولی قصد کرده است امضاء می‌کند و شما حکم به صحّت می‌کنید، چنین اجازه‌ای با صحّت بیع منافی است زیرا از طرفی صحّت بیع عبارتست از وقوع معامله برای مالک اصلی و سیورورت ثمن برای مالک واقعی ثمن، و از طرفی هم معنای اجازه همان معامله با همان قصد آن است که: معامله برای فضولی واقع شود و ثمن ملک او گردد و این دو متنافیان هستند.

۲- و یا غیر آن را امضاء می‌کند یعنی فضولی قصدش بیع لنفسه بوده ولی مالک اصلی بیع را برای خودش اجازه می‌کند نه برای فضولی، چنین چیزی سرأز عقد جدید و مستأنف در می‌آورد و ربطی به عقد قدیم و اجازه آن ندارد و از بحث خارج است.

قوله: فیکون:

در واقع جان کلام در وجه رابع آن است که: «ما أنشئ لم یجز و ما أجز لم ینشئ» یعنی آن بیع و عقدی که از سوی فضولی انشاء شد (که لنفسه بیع کرده) مالک اصلی آن را

اجازه نداده است تا صحیح باشد، و آن را که مالک اصلی اجازه داده (وقوع بیع للمالک) از اصل انشاء نشده است و چیزی که انشاء نشده اجازه‌اش معنی ندارد. پس هر طوری محاسبه کنیم بیع فضولی باطل است.

قوله: وقد اجاب:

مرحوم محقق قمی^۱ در جواب از وجه چهارم فرموده: اجازه‌ای که در بیع فضولی معهود و متعارف (بیع فضولی للمالک) مطرح بود با اجازه‌ای که در ما نحن فیه (بیع فضولی لنفسه) مطرح است متفاوت است:

اجازه در بیع فضولی معمولی عبارتست از: امضاء نفس عقد سابق و مُثْنِیْء با مُجاز تطابق دارند یعنی همان را که فضولی انشاء کرده مالک نیز همان را امضاء کرده است.

ولی اجازه در ما نحن فیه به معنای تصحیح بیع فضولی و صرف البیع عن الفضولی و اضافه البیع الی المالک است، به عبارت دیگر: حقیقت اجازه عبارتست از تبدیل مالک اصلی رضای غاصب به بیع و وقوع بیع برای غاصب را، به رضای خود مالک و وقوع بیع برای نفس مالک پس حقیقت اجازه تبدیل عقدی به عقد دیگر است.

وی نظیر این مطلب را در مسئله: «من باع شیئاً ثم ملکه فاجاز» هم فرموده: ^۲ اَوَّل فضولی مال مردم را برای مالکین آنها فروخته بود و سپس خودش آمد و آن را خریداری کرد و پس از مالک شدن بیع فضولی خود را اجازه کرد و این اجازه یعنی تبدیل معامله از اینکه برای مالک اصلی واقع شود به اینکه برای خود عاقد واقع شود.

و در جای دیگر صریحاً فرموده: ^۳ اجازه در چنین موردی عبارتست از انشاء تبدیل عقدی به عقد دیگر یعنی آن معامله‌ای را که فضولی روی عین خارجی برای خودش انجام داده بود نفس همان را برای خود قرار داد و عقد او را به عقد خود تبدیل کردیم، در نتیجه اجازه مذکور نوعی عقد جدید است چنانچه یکی از اقوال در اجازه همین است. پس اجازه در ما نحن فیه با اجازه در بیع فضولی متداول از حیث ماهیّت فرق دارند. و اشکال مذکور وارد نیست.

۲. جامع الشتات، ج ۲، ص ۳۲۰.

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۳۱۹.

۳. جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۷۶.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به میرزای قمی دو ایراد دارند:

۱- طبق فرمایش شما اجازه عقد جدیدی است که هم جانشین ایجاب و هم قبول است زیرا علی الفرض اجازه امضاء عقد سابق که نیست، و علی الفرض بدنبال اجازه مالک قبول مجدد و رضایت ثانوی از سوی مشتری ملحق نشده تا مشکلی نباشد، و قبول قبلی هم که قابل الحاق به اجازه بعدی نیست زیرا با یکدیگر تطابق ندارند چون قبول قبلی به معنای تملک مبیع از بایع فضولی و تملیک ثمن به او است و اجازه بعدی به معنای تملک مبیع از مالک اصلی و تملیک ثمن به مالک است، و مشتری به آن ایجابی که مغایر با مؤدای اجازه است راضی شده نه به اینکه مفاد اجازه است، در نتیجه اگر اجازه را عقد جدید دانستیم - لازمه اش آن است که هم قائم مقام ایجاب مالک باشد و هم جانشین قبول قابل و مشتری و چنین چیزی هم خلاف اجماع است (احدی این مطلب را نگفته) و هم خلاف عقل است. (به قول مرحوم سید: الشیئی لا یقلب عما وقع علیه و عقد قبلی برای فضولی واقع شده و اجازه نمی تواند آن را منقلب کرده و برای مالک اصلی واقع سازد.^۱ و به قول بعضی محشّین: عقد مرکّب است و مرکّب بدون اجزاء تمام نیست و اجازه یک امر است و یک امر نمی تواند مرکّب و دو جزئی باشد بلکه حدّا کثر قائم مقام یک جزء است.^۲)

۲- محقق قمی در پایان کلامش فرمود: کما هو احد الاقوال فی الاجازة، مرحوم شیخ می فرماید: احدی این مطلب را نگفته که اجازه عقد جدید باشد، آنچه هست مطلبی از کاشف الرموز^۳ است که از استاد مرحوم محقق نقل کرده که ایشان فرموده: اجازه مالک بیع جدیدی است که به جای بعث^۴ به لفظ اجزت انشاء شده، و چنین اجازه ای قائم مقام ایجاب است و به انضمام قبول قبلی معامله تمام می شود، ولی این حرفها مربوط به بیع فضولی معمولی است که بیع برای مالک بوده و اجازه نسبت به آن مفید است ولی در مسئله سوّم که بیع برای خود فضولی بوده و مشتری هم با قبولش مثنی را از بایع تملک کرده و ثمن را به بایع تملیک کرده و اجازه مالک می خواهد آن را برای مالک اصلی

۱. حاشیه السید علی مکاسب، ص ۱۴۲. ۲. ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۳۲۲.

۳. کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۴۵ - ۴۴۶.

درست کند حتماً احتیاج به قبول جدید دارد و اکتفا به مجرد اجازه بایع که معنایش تبدیل رضای غاصب به رضای مالک باشد، در واقع ملتزم شدن به کفایت رضایت بایع و انشاء او و بی نیازی از رضایت و انشاء مشتری است و این همان است که قبلاً آوردیم که هم خلاف اجماع است و هم خلاف حکم عقل. پس جواب محقق قمی از وجه چهارم ناتمام است.

قوله: فالاولی فی الجواب:

جواب مرحوم شیخ از وجه چهارم: در بیع فضولی لنفسه هم اجازه مالک به معنای امضاء بیع فضولی است و اینکه گفتید: مُجاز غیر از مُثْنِی است ما قبول نداریم و مدّعی هستیم که دقیقاً همان را که فضولی انشاء کرده مالک اصلی هم همان را اجازه کرده و مجاز همان مُثْنِی است و ما اُثْنِیء اُجِبْز، پس تطابق کامل میان اجازه و عقد فضولی وجود دارد و اشکال وارد نیست، توضیح مطلب: فضولی که در مقام بیع مال مردم برای خویش بی می آید و انشاء بیع می کند و می گوید: «بعثک یا ملکک هذا الثوب بمائة درهم مثلاً» دو قصد در طول یکدیگر دارد:

۱- قصد اصلی و مدلول مطابقی: مقصود اصلی بایع فضولی و هر عاقد و موجبی از ایجاب و انشاء عبارتست از: انشاء تملیک عین به عوض یعنی با گفتن بعث هذا الثوب، این عین را به مشتری تملیک می کند و چون هبه و هدیه و مانند آن نیست که تملیک مجانی باشد بلکه بیع است عوض هم دارد و لذا می گوید: یعوض یا بمائة درهم، ولی در متن انشاء اصلاً مطرح نشده که آیا عوض یا ثمن ملک خود بایع فضولی باشد یا ملک مالک اصلی باشد؟ و ایجاب بیع از این حیث ساکت است، آنگاه از خارج باید بدست آوریم که ثمن به چه کسی تعلّق می گیرد؟ منظور از خارج همان مقتضای معاوضه و مبادله است که معنی و مفهوم معاوضه و مبادله آن است که: معوض و مثنی از ملک هر کس خارج شد ثمن هم به ملک همان کس داخل شود تا عنوان معاوضه و مبیعه صدق کند.

۲- قوله: و حیث:

قصد فرعی و مدلول التزامی: از آنجا که در بیع لنفسه وقتی فضولی درصدد بیع برآمده و در مقام انشاء بیع و تملیک مال مردمان برای خودش بنا را بر مالکیت گذاشته و ادّعی مالکیت می کند و خود را مالک می بیند و می فروشد یا خود را مالک می پندارد و با این

اعتقاد می‌فروشد، قهراً لازمه این ادعا یا اعتقاد آن است که: قصدش این باشد که در مقابل، ثمن هم به ملک او داخل شود - ولی این امر مدلول التزامی ایجاب است.

حال مالک اصلی که بعداً اجازه می‌کند همان مقصود اصلی و مطابقی یعنی نفس انشاء تملیک عین به عوض را امضاء می‌کند و باز سخن از اینکه ثمن مال کی باشد در میان نیست و از خارج به حکم معاوضه و به مقتضای قانون مبادله می‌گوییم: ثمن ملک کسی می‌شود که مثنی از ملک او خارج شده، و لاریب در اینکه مثنی از ملک مالک ادعائی یا اعتقادی خارج نگشته تا ثمن به ملک او درآید، بلکه از ملک مالک اصلی و واقعی خارج شده و با اجازه او ثمن هم در ملک او داخل می‌شود.

حال با تحلیلی که کردیم مانحن فیه از باب دوران بین المحذورین نیست که «ما أجزی لم یُنشئ و ما أنشئ لم یجز» و به عبارت دیگر: اجازه به همان بیع لنفسه می‌خورد یا به غیر آن و هر کدام باشد اشکال دارد، خیر در مانحن فیه همان که توسط فضولی انشاء شده (تملیک عین به عوض) همان توسط مالک اصلی امضاء شده است و مابقی مقتضای معاوضه و مدلول التزامی آن است و ربطی به خود مثنی ندارد.

قوله: ولكن:

جواب ما هم کامل نیست و همه مشکلات را بر طرف نمی‌کند.

زیرا گاهی فضولی بایع است و در مقام انشاء می‌گوید: «بعثک یا ملکک یا بعث و ملکک هذا الثواب بكذا و...» در اینجا مشکل حل شد. و گاهی فضولی مشتری است و در مقام قبول می‌گوید: «اشتریت او شریث هذا الثواب بمائة درهم» باز مشکل قابل حل است چرا که وی بالمطالعه و مستقیماً شراء و تملک ثوب به عوض صد درهم را انشاء کرده و اما اینکه مثنی و معوض به ملک چه کسی داخل می‌شود مطرح نشده (ولذا سابقاً از زبان محقق تستری آوردیم که تعیین مالکین لازم است.) و این جهت از مقتضای معاوضه فهمیده می‌شود و... باز اجازه مالک اصلی کار را درست می‌کند و انشاء تملک برای او واقع می‌شود همان بیانی که در بیع فضولی لنفسه گفتیم.

ولی گاهی مشتری در مقام شراء فضولی می‌گوید: «تملکک هذا الثوب بمائة درهم» یا می‌گوید: «ملکک هذا بكذا» و مستقیماً برای خود انشاء شراء و تملک می‌کند و می‌گوید: خودم مالک شدم و خودم تملک کردم و... و انشاءش مقید است به این که

لنفسه باشد و اطلاق ندارد.

حال در چنین مواردی اشکال چهارم به قوت خود باقی است که کسی بگوید: مالک اصلی که بعداً شراء فضولی را اجازه می‌کند چه چیزی را اجازه می‌کند؟ آیا همان را که فضولی انشاء کرده او امضاء می‌کند؟ اینکه به درد مالک نمی‌خورد و منافی با صحت است. و یا غیر آن را امضاء می‌کند یعنی وقوع شراء را برای خود اجازه می‌دهد؟ اینهم که از اول انشاء نشده تا اجازه بعدی به آن برگردد، «فما أُجِيزَ لم ينشئ و ما أنشئ لم یجز»، و برای رفع اشکال چاره‌ای نداریم که سخن میرزای قمی را بپذیریم و اجازه را نقل جدید و مستأنف بدانیم.

قوله: وبالجملة:

این فراز در واقع نظیری برای فراز قبلی و توسعه اشکال است و آن این که: اگر فروشنده مالک اصلی باشد و خریدار فضولی و بایع در مقام انشاء بگوید: «ملکتک هذا بكذا» یعنی به شمای مخاطب (شخص فضول) این پارچه را تملیک کردم و مستقیماً برای شخص مخاطب انشاء تملیک عین به عوض نماید و فضولی هم بگوید: قبلت یعنی همین انشاء برای خودم را پذیرفتم، باز کار اجازه زار و مبتلا به اشکال است زیرا مالک اصلی یا همان را که فضولی انشاء کرده اجازه می‌کند؟ اینکه به حال او فائده‌ای ندارد. یا غیر آن را اجازه می‌کند؟ اینهم که اساساً انشاء نشده پس اشکال به قوت خود باقی است. ضمناً به عقیده ما فرقی میان صورت علم و جهل نیست یعنی چه بایع که مالک اصلی است و «ملکتک» با کاف خطاب می‌گوید و مستقیماً شخص فضول را مخاطب قرار می‌دهد. و برای او انشاء تملیک می‌کند: بداند که طرف فضولی است، یا از این امر اطلاع نداشته باشد، در هر حال اشکال موجود است.

قوله: و بهذا استشکل:

علامه هم در تذکره همین اشکال را مطرح کرده و فرموده:

اگر فضولی مال مردم را به دیگری بفروشد (البته فرض شراء فضولی هم همین حکم را دارد) و طرف معامله جاهل به فضولیت باشد (در کلام علامه فرض جهل مطرح شده ولی عندنا فرق نداشت) و به خیال اینکه فروشنده مالک اصلی است بگوید: «اشریت منک» و مستقیماً انشاء تملیک ثمن برای فضولی بکند آیا با اجازه مالک اصلی

این معامله صحیح است؟ فرموده: «فیه اشکال»، و منشأ اشکال هم آن است که غیر فضولی (یعنی مشتری در فرض علامه) قصدش تملیک ثمن به شخص عاقد و موجب است غافل از اینکه وی مالک نیست^۱ و لذا همان اشکال هست که: «ما أنشأ لم یجز و ما أجز لم یثنی».

قوله: ولا ینتقض:

شیخ اعظم می فرماید: اگر کسی به ما اشکال نقضی کرده و بگوید:

فقهاء می گویند: اگر شخصی متاعی را فروخت و مستقیماً او را مخاطب قرار داد و گفت: ملکتک و نمی دانست که وی مالک اصلی نیست بلکه وکیل یا ولی است و بر اساس جهل به وکالت و ولایت گفت: «بعثک یا ملکتک» و... چنین معامله ای صحیح است و برای موکل یا مولی علیه واقع می شود. حال چه اشکال دارد که ما نحن فیه هم از این قبیل باشد یعنی بایعی که جاهل به فضولیت مشتری است و می گوید: «ملکتک...» بگوئیم: این معامله صحیح است و برای مالک اصلی واقع می شود؟ چرا در مورد جهل به وکالت آن حرف را می زنید و در مورد جهل به فضولی بودن نمی زنید؟

در جواب می فرمایند: قیاس مع الفارق است زیرا در مورد جهل به وکالت معمولاً مخاطب به عنوان اعمّ مدّ نظر است زیرا برای فروشنده مهم نیست که خریدار برای خود می خرد یا برای موکل و مولی علیه اش و لذا حتی در فرض علم به وکالت و نیابت هم می تواند مستقیماً به او خطاب کرده و بگوید: بعثک و این تصویر صحیحی ندارد مگر اینکه منظور از کاف خطاب اعمّ از اصلی و مأذون باشد. ولی در مورد فضولی چنین نیست، فروشنده وقتی به کسی خطاب می کند و ملکتک می گوید: منظورش این نیست که: چه مالک باشد و چه فضولی فروخته، خیر اگر بداند فضولی است قطعاً نمی فروشد و خریداری نمی کند ولی به گمان این که مالک اصلی است شخص او را در نظر گرفته و به او می فروشد و چون قصد تملیک برای شخص او شده اجازه بعدی محذور پیدا می کند. پس کماکان اشکال باقی است.

قوله: وقد تَقَطَّن:

مرحوم صاحب مقایس هم به اشکال موجود در «تملک و ملک» و مانند آن پی برده و لذا در صدد جواب برآمده و دو نوع جواب داده که هیچکدام قابل قبول نیست:

۱- فرموده: ما ملتزم می شویم به اینکه: شراء فضولی لنفسه با صیغه «تملک» و مانند آن باطل است و با اجازه بعدی مالک هم قابل تصحیح نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: این التزام بر خلاف فتوای مشهور و اکثر ادله و اخبار است که حکم به صحّت این معامله کرده اند (البته بر فرض اجازه مالک) خوشبختانه خود صاحب جواهر هم به این مطلب اعتراف کرده و قول به بطلان را مخالف ادله و مشهور دانسته.

۲- فرموده: در شراء فضولی لنفسه با لفظ «تملک» دو قصد وجود دارد:

الف) قصد اصل شراء و انشاء تملک عین به مال قطع نظر از این که چه کسی مالک مثن می گردد. ب) قصد خصوصیت شراء و این که انشاء مذکور لنفسه و برای خود مشتری باشد.

و اجازه مالک به قصد اول و انشاء تملک، تعلق می گیرد و آن را صحیح می کند و کاری به خصوصیت ندارد و بعد به مقتضای معاوضه معلوم می گردد که مثن ملک مشتری فضولی است؟ یا مالک اصلی؟^۱

مرحوم شیخ می فرماید: وجداناً در اینجا دو انشاء و دو قصد طولی نیست بلکه یک انشاء خاص و مقید وجود دارد و همان هم مقصود فضولی است و آن انشاء تملک لنفسه است، آنگاه اجازه مالک اگر به همین انشاء خاص تعلق بگیرد که به حال مجیز فائده ندارد و اگر به غیر آن بار شود که غیر آن اصلاً انشاء نشده است. پس کماکان اشکال باقی است و با اجازه مالک کار درست نمی شود آری اگر مالک اصلی بخواهد مالک مثن شود باید نقل جدید و معامله تازه ای با فروشنده اصیل انجام دهد.

قوله: و الانسب فی التفصی:

جواب قبلی ما که در «فالاولی الجواب...» آوردیم ناقص بود، حال می گوئیم: مناسبترین

راه حلّ و راه فرار از وجه چهارم قول به بطلان آن است که چنین بگوییم: شخص فضولی که می‌گوید: «تملّکت منک هذا الثوب بكذا»، یا می‌گوید: «مِلْکَتُ منک...» و ملکیت ثوب را به خود نسبت می‌دهد و برای خود انشاء تملّک می‌کند. یا مالک اصلی که به مشتری فضولی خطاب کرده و می‌گوید: «ملّکتک هذا الثوب بكذا»، و ملکیت ثوب را به فضولی نسبت می‌دهد و با کاف خطاب مستقیماً برای خود فضولی انشاء تملیک می‌کند، منظورشان چیست؟ سه احتمال در این رابطه متصور است:

۱- منظور این باشد که فضولی به عنوان شخص خاص و فرد معین که مثلاً زید بن بکر است موضوعیت دارد و انشاء تملّک برای فضولی بما هو وافی نفسه است و نسبت ملک به فضولی به عنوان این است که: او ذات معینی هست (قطع نظر از حیثیات دیگر از قبیل مالک بودن، مأذون بودن، عاقد بودن، و...)

۲- منظور این باشد که فضولی بما هو عاقد و متکلمّ موضوعیت داشته باشد و نسبت ملکیت به او از این حیث باشد، انشاء تملّک برای خودش به این عنوان باشد.

۳- منظور این باشد که فضولی بما أنّه مالک موضوعیت دارد و انشاء تملّک برای خودش از این حیث است و اگر ملکیت مثنی را به خود نسبت می‌دهد از این باب است که خود را مالک می‌داند، و به این عنوان است که ادّعای مالکیت دارد.

تردید نیست که از میان احتمالات ذکر شده احتمال سوّم صحیح است، زیرا مکرّر گفته آمد که اگر فضولی بنا را بر ملکیت نگذارد و ادّعای مالکیت نداشته باشد و اعتقاد به آن هم نداشته باشد و بدون این حیثیت بفروشد یا خریداری کند، آن معامله حقیقی نخواهد بود بلکه صوری و ظاهری است و قصد جدّی ندارد و به هزل اقرب از جدّ است.

پس کسی که در مقام انشاء می‌گوید: «تملّکت» و ملکیت را به خود نسبت می‌دهد، این انتساب از این حیث است که خود را مالک می‌داند یعنی در حقیقت منسوب الیه شخص فضولی است ولی نه به عنوان أنّه شخص معین و لا بما انه متکلمّ و عاقد؛ بلکه بما أنّه مالک، پس حیثیت مالکیت حیث تقیدی است:

«حیثیت دو قسم است: ۱- تعلیلی ۲- تقیدی.

حیثیت تعلیلی آن است که تمام الموضوع خود ذات است و حکم برای خود ذات

ثابت است و فلان حیثیت علت و فلسفه ثبوت حکم برای موضوع است. مثلاً می‌گوید: اکرم زیداً لکونه عالماً که وجوب اکرام برای زید ثابت شده و حیث عالمیت سبب وجوب اکرام زید است، و مثل «الخمر حرام لکونه مسکراً» و مثل: قطع مسافت واجب است لکونه مقدمه للواجب و...

و حیثیت تقیدی آن است که: تمام الموضوع یا قید الموضوع همین حیثیت است و حکم در واقع برای نفس این حیثیت ثابت است مثل «الصلوة واجبة» که ذات العمل بدون عنوان صلوتی وجوب ندارد تمام موضوع برای وجوب حیث صلوتی است، و مثل «اکرم العالم»، «المسکر حرام» و...

و قانون حیث تقیدی آن است که: حکم در حقیقت برای نفس این حیثیت ثابت است و اگر برای خود هم انشاء تملک می‌کند به عنوان آنکه مالک است، پس در حقیقت تملک عبارتست از: انشاء تملک برای مالک، نسبت دادن ملکیت به مالک و بعداً که مالک اصلی اجازه می‌کند همین امر منشیء را امضاء می‌کند، و بعد باید دید چه کسی حقیقتاً مصداق حیث مالکیت و عنوان مالک بودن است تا معامله برای او واقع شود، و وقتی محاسبه می‌کنیم غاصب و فضولی مصداق حقیقی نیست او واقعاً مالک نیست، ادعای مالکیت دارد، یا اعتقاد خلاف واقع به مالکیت دارد و... ولی مجیز و مالک اصلی مالک واقعی است و معامله برای او واقع می‌شود.

نتیجه: با این محاسبه دقیقاً همان را که فضولی انشاء کرده (انشاء تملک ثمن برای مالک) همان را مالک اصلی امضاء و اجازه کرده «و ما أنشأ أجزی» و اشکالی هم نیست. و باین جوابی که دادیم در جمیع صور اشکال رفع می‌شود چه فضولی بایع باشد و بگوید: «بعثت یا ملک هذا الثوب بمائة درهم»، یا بگوید: «ملکت هذا الثوب بكذا لنفسی» و قید «لنفسی» را بیاورد یا بگوید: «اشتریت بكذا» یا «اشتریت لنفسی»، یا با لفظ مِلَکْتُ و تملک بگوید، یا طرف اصیل بگوید: «ملکتک و بعثک» و... همه جا مطلب همان است که گفته آمد.

قوله: مع آنه:

ظاهر این تعبیر موهیم است زیرا گمان می‌شود که: فالانصب فی التفصی جواب اول از اشکال مذکور (در مِلَکْتُ و تملک) بود، و این فراز جواب ثانی از آن است - غافل از

اینکه این فراز به اصل مطلب می خورد و جواب دیگری از وجه چهارم از وجوه بطلان است، بیان ذلک: تا به حال بر این مبنا جواب می دادیم که معامله فضولی لنفسه (چه بیعش و چه شرائش) با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای خود مالک واقع می شود و ابتدا با «فالاولی فی الجواب» از اشکال و وجه چهارم جواب دادیم و سپس با «فالانصب فی التفصی...» ولی از حالا بر مبنای دیگر جواب داده می گوئیم: ممکن است کسانی بگویند و ملتزم شوند به این که: معامله مذکور با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای خود فضولی واقع می شود (نه برای مالک اصلی) آنگاه کاملاً مُنْتَسِئاً با مُجاز تطابق دارند و مَا أَنتِثُ أَجِبَرٌ و وجه چهارم ابطال می شود. (ضمناً با این وجه در مسئله بیع فضولی لنفسه سه قول پیدا می شود:

۱- عده ای فرمودند: چنین بیعی از اصل فاسد و باطل است و اجازه بعدی هم مصحح نیست.

۲- مشهور فرمودند: این نوع از معامله فضولی هم صحیح است و با اجازه مالک اصلی برای خود مالک واقع می شود و مختار شیخ اعظم بود.

۳- عده ای هم می فرمایند: چنین معامله ای صحیح است و با اجازه مالک اصلی برای خود فضولی واقع شود) مرحوم کاشف الغطاء در شرح قواعدش این وجه را فرموده^۱ و کثیری از شاگردان بزرگوار او هم از وی پیروی کرده اند^۲ و بعضاً دو دلیل هم برای این التزام آورده اند:

وجه اوّل: باب اجازه لاحق را به باب اذن سابق قیاس کرده اند: در باب اذن سابق نمونه های در معاطات ذکر شد که در اینجا سه نمونه را می آوریم:

۱- اگر شخص به مولائی بگوید: «أَعْتَقَ عَبْدک عَنّی» یعنی عبد خودت را از طرف من آزاد کن، که ظاهراًش این است: عبد مال تو باشد ولی آزادی برای من صورت پذیرد، و این مطلب قابل قبول نیست زیرا دلیل می گوید: «لَا عِتْقَ إِلَّا فِی مِلْکٍ»، آنگاه چگونه ممکن است من مالک عبد نباشم ولی عتق برای من صورت پذیرد؟

حلّ مشکل به این بود که بگوئیم: کلام مذکور (أَعْتَقَ عَبْدک عَنّی) مستقیماً و بالمطابقه بر اذن در عتق دلالت دارد ولی ضمناً (بدلالت تبعی و التزامی) بر تملیک ضمنی

دلالت دارد و منظور این است که: «مَلَّکْنِیْ عِبْدَکَ ثُمَّ اَعْتَقَهُ عَنِّی» یعنی اوّل آن را به من تملیک کن (یا استدعاء بیع و استیجاب است و یا وکالت در تملیک است) و سپس به وکالت از طرف من آزادش کن.

۲- اگر مالکی به دیگری بگوید: «بیع مالی لنفسک» یعنی کالای مرا برای خودت بفروش که ظاهرش این است متاع مال من باشد ولی بیع برای تو واقع شود، مثنی از ملک من درآید ولی عوض و ثمن به ملک تو داخل شود، و این به ظاهرش نامعقول است، زیرا «لا بیع الا فی ملک» و تو مالک نیستی پس چگونه بیع برای تو واقع شود و مالک ثمن گردی؟

حلّ مشکل به این است که: کلام مذکور بالمطابقه بر اذن در بیع دلالت دارد و بالتبع و الالتزام بر تملیک ضمنی دلالت دارد یعنی انت وکیلّ که اوّل متاع را از طرف من به خودت هبه کنی و ملک تو شود و سپس مال خودت را برای خودت بفروشی.

۳- اگر سرمایه داری به شخص بگوید: «اشتر بمالی لنفسک طعاماً» یعنی با پول من برای خودت طعامی خریداری کن، ظاهرش این است که: پول از مال من خارج شود ولی طعام در ملک شما داخل گردد و این با مقتضای معاوضه ناسازگار نیست، پس چه باید کرد؟

راه حلّ این است که: کلام مذکور بالمطابقه بر اذن در شراء دلالت دارد و بدلالت ضمنی و تبعی بر تملیک دلالت دارد یعنی شما وکیل من هستید در اینکه مال مرا به خود تملیک کنید آنگاه با پول خودتان طعامی را برای خویش ابتیاع نمائید. (اینها را دلالت اقتضاء می نامیم که خود کلام اقتضای تقدیری دارد تا از لغویت و کذب و نامعقول بودن درآید. وگرنه به ظاهرش قابل اصلاح نیست.)

حال چه مانعی دارد که در باب اجازه لاحق نیز همین حرفها را بزنیم؟ اجازه بعدی مثل اذن قبلی است و فرقی ندارد که اوّل اذن در بیع یا شراء دهد و بگوید: «بیع مالی لنفسک» یا «اشتر بمالی لنفسک طعاماً» یا اوّل فضولی این بیع لنفسه یا شراء لنفسه را انجام داده و بعداً مالک اصلی اجازه بکند، اجازه نیز دو کار می کند:

۱- بیع یا شراء مذکور را برای فضولی تصحیح می کند.

۲- دلالت می کند بر اینکه ضمناً متاع یا پول را به ملک مشتری در آوردن و تملیک

ضمنی را می‌رساند، آنّا مّا قبل از بیع و شراء فضولی مالک شد و معامله در ملک خودش انجام شده و اجازه بعدی کاشف از آن است و چنین معامله‌ای مانعی ندارد و با قواعد مخالف نیست.

پس با اجازه لاحق برای شخص فضولی واقع می‌شود.

وجه دوم: اصولاً ما هیچ دلیلی نداریم مبنی بر اینکه: حتماً باید عاقد حین العقد و آنّا ما قبل از آن مالک مثنی باشد تا با این عقد و معامله ثمن به او منتقل شود، یا حتماً مالک ثمن باشد تا در عوض مثنی به ملک او درآید، بلکه کافی است که از طرف مالک اصلی مأذون باشد و حق داشته باشد مال مالک را برای خود بفروشد یا با مال مالک برای خود خریداری کند، و مستقیماً مال از ملک مالک اصلی به طرف معامله منتقل می‌شود ولی عوض آن به ملک مأذون داخل می‌شود، پس اگر مالک اصلی به شخص بگوید: «بِعْ هَذَا لِنَفْسِكَ» او هم بگوید: «بَعْتُهُ بِكَذَا» مبیع مستقیماً از ملک صاحب اصلی به مشتری منتقل می‌شود و یک آن هم ملک بایع نشد ولی ثمن به ملک عاقد در می‌آید، و مانعی هم ندارد. یا اگر مالک اصلی بگوید: «اشترِ بِهَذَا لِنَفْسِكَ طَعَاماً» و مأذون در شراء بگوید: «اشتریتْ كَذَا بِكَذَا» باز ثمن از مالک اصلی به فروشنده منتقل می‌شود ولی مثنی از فروشنده به عاقد و مشتری منتقل می‌شود و هیچ مانعی هم ندارد و لازم نیست حتماً مأذون مالک هم باشد.

(حال همین محاسبه در باب اجازه بعدی هم هست که فضولی گفته: «بِعْتُ هَذَا الثَّوْبَ بِكَذَا» یا گفته: «اشتریتْ وَ تَمْلِكُ هَذَا الثَّوْبَ بِكَذَا» و مالک اصلی اجازه داد، مثنی یا ثمن از ملک مالک به طرف معامله منتقل می‌شود ولی عوض به ملک عاقد فضولی داخل می‌شود و همین اجازه برای این جهت کافی است و شرط دیگر ندارد).

قوله: وَ يَتَفَرَّعُ:

گویا کسی می‌پرسد: وجه دوم با وجه اول در کجاها ثمره‌اش ظاهر می‌شود و عملاً از هم جدا می‌شوند؟ می‌فرماید: ثمره اینجا ظاهر می‌شود که: اگر اتفاق افتاد و معامله بین فضولی و طرف اصیل فسخ شد (مثلاً اقاله کردند یا به یکی از اسباب و موجبات فسخ بهم زدند) در اینجا طبق وجه اول که آنّا مّا قبل از معامله فضولی مالک شده بود، بعد از فسخ مال به ملک فضولی بر می‌گردد نه مالک اصلی. ولی طبق وجه ثانی که فضولی

اصلاً مالک متاع نشد و مستقیماً از مالک اصلی به دیگری منتقل شد پس از فسخ معامله، مال به مالک اصلی عودت می‌کند و ربطی به فضولی ندارد.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: هر دو وجه قول سوّم (وقوع معامله برای خود فضولی) محلّ نظر و قابل مناقشه است:

اما وجه اوّل: وجه اوّل یک قیاس بود یعنی اجازه لاحق را به اذن سابق قیاس کردند... مرحوم شیخ از این وجه دو جواب می‌دهند:

۱- ما در خود اصل و مقیس علیه یعنی اذن سابق قبول نداریم که مجرّد اذن مالک در بیع مالش برای دیگری (بیع مالی لنفسک) یا در شراء با مال دیگران (اشتر بمالی لک طعاماً) صحیح و مؤثر باشد و واقعاً معامله برای شخص مأذون غیر مالک واقع شود، خیر مجرّد اذن در تملیک سبب مملک نیست، باید جعل ملکیت و انشاء ملکیت باشد و بگوید: «و هبّ لک...» یا «و کلتک» و... و طرف هم برای خود انشاء تملک کند (قولی یا فعلی) تا مالک شود و بیع برای او باشد، شراء برای او باشد و مجرّد اذن در بیع و اذن در تملیک و بناگذاری مأذون بر مالکیت ثمن یا مثنی کافی نیست و یکی از موجبات ملک در اسلام نیست. و وقتی در مورد اذن سابق این حرفها را زدیم در اجازه لاحق به طریق اولی مطلب از این قرار است و اجازه مؤثر در مالک شدن فضولی نیست.

۲- بر فرض در مورد اذن سابق بگوئیم: نفس اذن در بیع یا شراء کفایت می‌کند و مخاطب مالک مثنی یا ثمن می‌گردد و معامله در ملک او صورت می‌گیرد، ولی باز قیاس باب اجازه به باب اذن مع الفارق است، بیان ذلک: در مورد اذن سابق فرض این است که قبل از اذن هیچ کاری انجام نشده بلکه ابتدا به ساکن انسان عاقل و شخص حکیم و یا معصوم می‌گوید: «اعتق عبدک عتی»، «بیع مالی لنفسک»، «اشتر بمالی لک» و... و این جملات به ظاهرش نامعقول و غیر قابل قبول است و معنا ندارد که: عبد مال دیگری باشد ولی عتق برای من محقق شود، مثنی مال دیگری ولی معامله برای من واقع شود و در نتیجه ثمن به ملک من داخل شود و... و لذا به حکم دلالت اقتضاء (دلالتی که صحّت و صدق کلام عقلاً یا شرعاً یا لغة بر آن متوقف است و اگر آن دلالت نباشد کلام یا صحیح نیست و یا صادق نیست و حتماً تقدیری در کار است، مبسوطاً در آخر مبحث مفاهیم

اصول فقه بیان شده) و صوناً لکلام الحکیم عن الکذب و اللغوّه می‌گوئیم: منظور این است که: «ملکنی عبدک ثم اعتقه عنی و کالته»، «انت و کیلی فی تملیک مالی لنفسک ثم بیعه لک» و... که خلاصه مراد اینست که: «آنّا ما قبل از عتق و بیع و شراء تو مالک می‌شوی و عتق در ملک تو و برای تو واقع می‌شود و بیع در ملک خودت و... و اینکه محذوری ندارد. ولی در باب اجازه لاحق در معاملات فضولی قبلاً معامله‌ای واقع شده و فضولی مال مردم را برای خود فروخته یا با پول مردم برای خود چیزی خریداری کرده، البته از آنجا که بنا را بر مالکیت خویش گذاشته و خود را مالک می‌داند (عدواناً اگر غاصب باشد یا اعتقاداً اگر جاهل به جهل مرکّب باشد). قهراً قصد نفس کرده و نیتش این است که: معامله برای خودش واقع شود و عوض در ملک خودش داخل شود.

آنگاه مالک اصلی که این ما وقع را اجازه و امضاء می‌کند از دو حال خارج نیست: الف: یا اصل معامله را بدون بناگذاری فضولی بر رجوع بدل به او امضاء می‌کند، در این فرض اگر حکم به صحّت کردیم نتیجه‌اش آن است که: پس معامله برای خود مالک واقع شود، چون او مالک حقیقی است و مقتضای معاوضه این است که: هرکس مالک معروض بود مالک عوض شود.

ب: و یا معامله با خصوصیت بناگذاری فضولی بر تملک خودش را امضاء کند در این فرض اگر چه نتیجه اجازه عود بدل به خود فضولی و دخول عوض در ملک او است ولی مرجع این اجازه به این است که: من بناگذاری فضولی را بر تملک امضاء کردم ولی معلوم نیست این اجازه مؤثر باشد و موجب تحقق متعلق این بناگذاری (یعنی ملکیت) بشود، بلکه دلیل بر عدم تأثیر اجازه در این جهت داریم و آن اینکه: در جواب اول گفته آمد: اذن سابق هم بناگذاری را صحیح و مؤثر نمی‌کند و سبب مملک نیست و به صرف اذن در تملیک یا بناگذاری بر تملیک یا اذن در بناگذاری و قصد ملک ملکیت نمی‌آید بلکه تحقق ملکیت در گرو سبب مملک است، پس عدم تأثیر اجازه لاحق در این امر به طریق اولی است، پس علی کلّ حال وجهی برای وقوع بیع برای خود فضولی پیدا نشد.

قوله: واما الثانی:

وجه دوم این بود که: ما دلیلی نداریم بر اینکه حتماً عاقد مالک مثنی باشد تا ثمن به ملک او درآید، یا حتماً مالک ثمن باشد تا مثنی را مالک شود، بلکه کافی است که از سوی

مالک مأذون یا مجاز باشد....

مرحوم شیخ می‌فرماید: چه دلیلی از این بالاتر که اگر عاقد مالک ثمن یا مثنی نباشد اصلاً معاوضه و مبادله تحقق پیدا نمی‌کند، و سخن شما با حقیقت و ماهیت بیع منافی است، و مردود است و لذا علامه ره در کتابهایش گاهی فرموده: اینکه انسان با مال دیگران برای خود چیزی خریداری کند اصلاً متصور نیست^۱ و گاهی فرموده: اصلاً چنین چیزی معقول است و بلکه برخی از فقهاء فرموده‌اند: لا خلاف در اینکه اگر مالک ثمن به دیگری بگوید: «اشتر بمالی لنفسک طعاماً» چنین شرائی باطل است و محقق و شیخ طوسی تصریح به بطلان کرده‌اند^۲.

قوله: نعم:

استدراک از جواب وجه ثانی است: فرعی است که در آینده و در بحث تعاقب عقود متعدد بر مال مالک خواهد آمد و آن اینکه: اگر بایع فضولی باشد و مشتری مالک اصلی باشد و با علم به اینکه بایع فضولی است اقدام می‌کند و با او معامله کند و ثمن را در اختیار او بگذارد عده‌ای از فقهاء از قبیل قطب الدین و شهید و دیگران فرموده‌اند: بدین وسیله غاصب و فضولی بر ثمن مسلط می‌شود و حق انتفاع دارد اگر چه مالک نمی‌شود، چون ثمن به عنوان عوض به او داده شده و نه مجاناً و چون او مالک معوض نیست پس مالک عوض هم نخواهد شد، حال اگر غاصب با همین ثمن از شخص ثالثی متاعی را خریداری کند جماعت مذکور فرموده‌اند: وی مالک متاع می‌شود، و این فتوی ظاهرش آن است که: هیچ مانعی ندارد که انسان مالک ثمن نباشد و معذک اگر معامله کرد مالک مثنی بشود، و این تأییدی بر وجه دوم کاشف الغطاء و طرفداران او است که می‌گفتند: لا دلیل علی اشتراط....

قوله: الا ان یحمل:

مرحوم شیخ می‌فرماید: چون این سخن از بزرگان صادر شده و بر خلاف حقیقت بیع و معاوضه است ناگزیر باید توجیه شود و بگوییم: منظور این است که: یا این جماعت ملتزم به ملکیت مطلقه هستند یعنی می‌گویند: از اول که غاصب ثمن را از مشتری اصیل

۱. قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۵۱ و تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۷۳.

۲. مبسوط، ج ۲، ص ۱۲۱ و شرایع، ج ۲، ص ۳۲.

گرفت و مسلط شد از همان موقع مالک هم شد، فخرالدین این احتمال را به اصحاب نسبت داده^۱ و یا منظور این است که: به ملکیت آنّا مائی ملتزم شوند و بگویند: آنّا ما قبل از اینکه غاصب با آن پول چیزی برای خود خریداری کند، مالکِ ثمن شد و با مال خود چیزی خرید، وگرنه غیر از این محامل و توجیهات وجهی برای فتوای جماعتِ مذکور نیست.

قوله: کیف کان:

سخن این جماعت هر طور که توجیه شود می‌گوییم: از وجه چهارم از وجوه بطلانِ معامله فصولی لنفسه (ما اُنْشَأَ لَمْ يُجَزَّ و ما اجیز لَمْ یُنْشَأ) چندین جواب داده شد: میرزای قمی جوابی داد که نپذیرفتیم: خود ما با «فالاولی فی الجواب» مطلبی داشتیم که ناقص بود صاحب جواهر دو جواب داشتند که نپذیرفتیم: کاشف الغطاء و پیروان او جوابی داشتند که رد شد از میان همه جوابها بهترین جواب از اشکال مذکور همان بود که با «فالانصب فی التفصی» آوردیم و آن جواب خالی از اشکال است.

قوله: ثُمَّ إِنَّ مِمَّا ذَكَرْنَا:

بطور کلی در مسئله معاملات فصولی لنفسه سه قول پیدا شد:

- ۱- مشهور و شیخ اعظم فرمودند: چنین معامله‌ای با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای خود مالک واقع می‌شود، و در صدر مسئله به چهار دسته ادله استدلال شد.
- ۲- کاشف الفطاء و پیروان او فرمودند: این معامله صحیح است و با اجازه مالک اصلی برای خود فصولی واقع می‌شود، و دو وجه هم برای این مدعا آوردند.
- ۳- گروهی فتوی به بطلان این معامله دادند و گفتند: چه مالک اصلی این معامله را رد کند و چه امضاء کند فائده‌ای ندارد، و معامله منعقد نمی‌شود، این عده به وجوهی تمسک کردند که تا به حال چهار وجه از این وجوه بررسی شد و عمده آنها وجه چهارم بود که خیلی بحث داشت. و اینک پنجمین و آخرین وجه از وجوه بطلان را به صورت اشکال مطرح کرده و جواب می‌دهند، ضمناً این وجه مخصوص صورت علم به فضولیت و غصبیت است، بیان ذلک: فروشنده، فضولی غاصب است و متاع دیگری را غصب

کرده و برای خود می فروشد، خریدار، اصیل و مالک اصلی است و با پول خود آن متاع را می خرد، ضمناً مشتری می داند که با بایع غاصب است و با علم و عمد وارد معامله شده و اقدام به شراء کرده و سپس قبض و اقباض هم محقق می شود و با بایع ثمن را از مشتری دریافت می کند، در چنین فرضی فقهاء امامیه فرموده اند: اگر پس از معامله مذکور مالک اصلی با خبر شد و این معامله را رد کرد و مثنی را از مشتری گرفت، مشتری حق ندارد به فضولی غاصب مراجعه کرده و ثمن را از وی باز پس گیرد. و این حکم و فتوی اولاً کاشف از این است که: با بایع غاصب، مالک ثمن گردیده و گر نه چرا حق رجوع نباشد و ثانیاً کاشف از این است که معامله مذکور یک معامله حقیقی و جدی و واقعی نبوده بلکه معامله صوری است یعنی در ظاهر و صورت، معاوضه است و با الفاظ بیع انشاء شده ولی در باطن نوعی تسلیط و تملیک مجانی است زیرا اگر معامله واقعی بود قانونش این بود که پس از فسخ و رد و بهم خوردن معامله هر کدام از عوضین به مالک اصلی عود کند، یعنی مثنی به مالک اصلی متاع و ثمن به مشتری اصیل برگردد؛ در حالی که حضرات فقهاء فتوی به عدم استرداد ثمن دادند.

قوله: وحنین:

تا اینجا در حقیقت مقدمه چینی و زمینه سازی اشکال بود و اصل اشکال یا وجه پنجم از اینجا شروع می شود: حالا که فقهاء چنین حکمی صادر کرده اند و مطلب از این قرار است می گوئیم: اگر مالک اصلی چنین معامله ای را امضاء هم بکند فائده ای ندارد و وی مالک ثمن نخواهد شد زیرا که پیشاپیش و قبل از اجازه مالک و به توسط تسلیط و اقباض مشتری، ثمن اختصاص ملکی به فضولی پیدا کرد و وی مالک شد، و تازه مالک اصلی می خواهد با اجازه مالک شود، سبب تملک غاصب (تسلیط اصیل و اقباض) سابق است و سبب مالک شدن مالک اصلی (اجازه و امضاء) لاحق است و قاعده این است که: با وجود سبب متقدم و تأثیر آن نوبت به سبب متأخر نمی رسد، در نتیجه اگر بگوئیم: اجازه بعدی مؤثر است و معامله را صحیح می کند سر از بیع بلا ثمن در می آورد (نسبت به مالک اصلی که متاعش فروخته شده ولی ثمن به او نرسیده) و چنین بیعی در اسلام مشروع نیست. پس در فرض علم مشتری به غصبیت با بایع چه مالک اصلی اجازه بکند و چه رد کند فائده ندارد و معامله درست نمی شود.

مرحوم علامه هم در کتاب تذکره بر همین اساس ابتدا فرموده: صحّت معامله فضولی با جهل طرف دیگر مشکل است (قبلاً هم آوردیم) چرا که طرف دیگر در سایه جهل به فضولیت مستقیماً مالش را به فضولی تملیک می‌کند و برای او انشاء تملک می‌کند آنگاه اجازه مالک چه چیز را می‌خواهد تصحیح و اصلاح کند؟ سپس فرموده: و صحّت معامله مذکور با فرض علم مشتری مشکل تر است. (اشاره به همان اشکالی که به عنوان وجه پنجم ذکر شد که به بیع بلا ثمن منجر و متأدی می‌شود.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ از وجه پنجم به سه بیان جواب می‌دهند:

۱- اصل و مبنای این اشکال را قبول نداریم: شما گفتید اصحاب فرموده‌اند: با فرض رد مالک، مشتری حق ندارد به غاصب رجوع کرده و ثمن را برگرداند، ما می‌گوییم: این مطلب را قبول نداریم به کدام دلیل مشتری حق رجوع ندارد؟ مگر مجّاناً تسلیم کرده که هبه باشد و حق رجوع نداشته باشد؟ خیر معامله کرده و چون فضولی است باید مالک امضاء کند و چون رد کرده پس معامله باطل است، پس ثمن از ملک مشتری خارج نشده و ملک غاصب نگشته و کماکان در ملک مالک اصلی باقی است و اگر چنین است چرا حق رجوع به غاصب نداشته باشد؟

۲- بر فرض قبول این حکم و فتوی می‌گیریم: فلسفه عدم جواز رجوع مشتری به فضولی آن است که: خود مشتری با علم و عمد اقدام کرده و غاصب را بر مالش مسلط کرده پس حق رجوع ندارد، ولی باید دید چه نوع تسلیطی در میان است؟ سه احتمال در این رابطه متصور است:

الف: مطلق تسلیط یا تسلیط مطلق در کار است یعنی مشتری زبان حالش این است که: چه مالک اصلی رد کند و چه اجازه کند در هر حال من تو را مسلط کردم و ثمن را به شما تملیک کردم.

ب: تسلیط مراعی و مشروط به فرض اجازه باشد یعنی اگر مالک اصلی بعداً اجازه کند بر این فرض شما را بر ثمن مسلط کردم (مرحوم شیخ آن را طرح نمی‌کنند زیرا پر واضح است که تسلیط بر فرض اجازه معنی ندارد و در اختیار مشتری نیست و پس از اجازه، مالک اصلی سلطنت پیدامی‌کند نه غاصب)

ج: تسلیط مذکور مشروط به عدم اجازه باشد یعنی مشتری که می‌گوید: اشتريت و بعد غاصب را بر ثمن مسلط می‌کند منظورش آن است که: اگر مالک اصلی اجازه نکرد و ردّ نمود شما بر ثمن مسلط باشی و گرنه سلطنتی در میان نیست:

حال اگر احتمال اوّل باشد آری حق با شماست ولی ظاهراً احتمال سوّم صحیح‌تر است و یا لااقل محتمل است و طبق آن اگر مالک اصلی اجازه کرد ثمن ملک مالک می‌گردد و ربطی به فضولی ندارد، و اجازه مالک بی‌فائده نخواهد بود و در نتیجه بیع بلا ثمن نخواهد بود بلکه مع الثمن است.

۳- از جوابهای قبلی هم که صرفنظر کرده و بگوئیم: اجازه فائده‌ای ندارد و اشکال وارد است، می‌گوییم: در باب اجازه دو مسلک وجود دارد:

۱- ناقله باشد

۲- کاشفه باشد.

اگر اجازه را ناقله بدانیم اشکال مذکور می‌آید که: این اجازه موضوع و مورد ندارد و فائده است. به این دلیل که سبب مالکیت فضولی قبل از سبب مالکیت مالک اصلی (با اجازه) است و غاصب با اقباض مشتری مالک شده ولی مالک اصلی با اجازه بعدی تازه می‌خواهد مالک شود و نقل و انتقال محقق شود و سبب سابق یا اسبق تأثیر خود را می‌گذارد و نوبت به سبب لاحق نمی‌رسد و در نتیجه ثمن ملک مشتری است و اگر با اجازه مالک صحیح باشد سر از بیع بلا ثمن در می‌آورد.

ولی اگر اجازه را کاشفه گرفتیم و گفتیم: اجازه کاشف از این است که: مالک اصلی در واقع از اوّل و از هنگام عقد مالک ثمن شده، در این فرض سبب ملکیت مالک اصلی (خود عقد) سابق است و سبب مالکیت فضولی (تسلیط و اقباض مشتری) لاحق است و هر سببی مقدّم باشد همان مؤثر است پس با اجازه مالک ثمن ملک او می‌شود و اجازه مفید است و بیع بلا ثمن پیش نمی‌آید.

و به عبارت دیگر: در فرض کاشفیت اجازه و براین مسلک از دو حال خارج نیست:

۱- یا مالک اصلی معامله را ردّ می‌کند، در این صورت مشتری، غاصب را بر مال خویش مسلط کرده و ربطی به مالک اصلی ندارد.

۲- و یا معامله را امضاء می‌کند، در این صورت است که اقباض مشتری بی‌جا بوده و

نباید فضولی را بر مال دیگری (مالک مثنی) مسلط می‌کرد، و حال که مسلط کرده مالک اصلی حق رجوع به او و اخذ ثمن دارد.

قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه تسلیط غاصب با اقباض حاصل می‌شود آن است که: اگر در فرض مورد بحث ما (علم مشتری به غصبیت بایع و معذک اقدام به معامله با او) مشتری هنوز ثمن را به قبض فضولی نداده بود که مالک اصلی امضاء یا ردّ کرد، در هر حال فضولی حق مطالبه ثمن ندارد و بر فرض ردّ نمی‌تواند ثمن را از دست مشتری بگیرد و از چنگ او در آورد و بر فرض اجازه حق ندارد ثمن را از دست مالک اصلی انتزاع کند. پس به نفس عقد بیع، فضولی مالک نمی‌شود بلکه پس از تسلیط مالک و قبض و اقباض، ملک می‌آید ولی علی‌الکشف نفس بیع سبب ملک مالک اصلی است و اجازه کاشفیت دارد و لا غیر

قوله: ثمّ اعلم:

در اینجا دو مسئله داریم که باید از یکدیگر تفکیک شود:

۱- تا به حال کلام در این بود که فضولی (غاصب یا غیر غاصب) مال مردم را مورد معامله قرار می‌دهد و بعد مالک اصلی آن را اجازه می‌کند، اینجا بود که حکم به صحّت کرده و گفتیم این معامله برای مالک اصلی واقع می‌شود، و در این فرض بود که مشهور میان سه مسئله (بیع للمالک بدون منع سابق، یا با منع سابق، و بیع لنفسه) فرق نگذاشته و در هر سه مورد فتوی به صحّت معامله و وقوعش للمالک الاصلی دادند.

۲- و اما مسئله دیگر هم هست که در آینده تحت عنوان: «من باع شیئاً ثمّ ملکه فاجازه» مطرح خواهد شد که شخص بدون اذن مالک اصلی مال مردم را برای صاحبانش یا برای خودش می‌فروشد، سپس به سببی از اسباب مُملَکّه مالک می‌شود و معامله قبلی اش را اجازه می‌کند، مشهور در این مسئله حکم به بطلان کرده‌اند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این مسئله ربطی به ما نحن فیه و مسئله اوّل ندارد، چرا که در ما نحن فیه سخن از وقوع معامله برای مالک است و در این مسئله سخن از وقوع معامله برای عاقد اصلی و مالک بالعرض است.

قوله: و من هنا:

هدف از طرح فراز قبلی بیان این نکته است که: صاحب ریاض ره در کتاب خود^۱ فرموده: اگر فضولی مال مردم را برای خودش بفروشد چنین بیعی باطل است و به مرحوم علامه نسبت داده که وی می‌گوید: لاخلاف در بطلان چنین معامله‌ای.

مرحوم شیخ می‌فرماید: با توجه به اینکه مشهور فتوی به صحّت دادند، ادّعای نفی خلاف در بطلان و انتساب آن به علامه ناتمام است و صاحب ریاض دچار اشتباه شده است. مگر مقصود صاحب ریاض مسئله دوّم باشد (من باع شیئاً ثمّ ملکه...) که ربطی به ما نحن فیه ندارد، ولی اینهم خلاف ظاهر کلام ایشان است.

دو مطلب دیگر

قوله: بقی امران:

مطلب اصلی بیع فضولی در ضمن سه مسئله با ذکر اقوال و ادّله تا اینجا به پایان رسید، در اینجا دو مطلب دیگر باقی مانده که آنها را بیان می‌کنیم:

قوله: الاوّل:

مطلب اوّل درباره این است که: فضولی گاهی بایع است و گاهی مشتری و در هر یک از دو صورت گاهی برای مالک اصلی بدون نهی سابق معامله می‌کند (مسئله اوّل) و گاهی با منع سابق اقدام می‌کند (مسئله دوّم) و گاهی برای خود می‌فروشد (مسئله سوّم) و در هر یک از شش صورت یا مال مردم عینی از اعیان خارجیه است مثل فلان کتاب یا فرش یا منزل شخصی که در خارج موجود است، یا فلان درهم یا دینار و اسکناس که در خارج موجود است، و گاهی دین است که در ذمّه دیگران است مثلاً مالک اصلی صد من گندم بر ذمّه فلانی طلبکار است، فضولی صد من گندم در ذمّه فلان را به خود مدیون یا به شخص دیگر می‌فروشد یا زید از بکر هزار تومان طلبکار است، فضولی می‌گوید: من این پارچه را به آن هزار تومان زید که در ذمّه بکر است خریداری کردم (باز هم با مال مردم معامله می‌کند ولی اینبار مال مردم دین در ذمّه دیگران است نه عین خارجی) حال اینکه گفتیم: معامله فضولی صحیح است یعنی با اجازه مالک اصلی برای خود مالک واقع می‌شود در این جهت فرقی میان دوازده صورت مذکور فرقی وجود ندارد. (جز اینکه:

اگر مال مردم دین در ذمه باشد به فضولی عنوان غاصب و سارق اطلاق نمی شود چون دین در ذمه که قابل غصب کردن نیست، ولی در معامله عین خارجی ممکن است غاصب باشد یا معتقد باشد و...)

قوله: و منه جعل:

از جمله موارد فضولی دو مورد زیر است: (علاوه بر دوازده صورتی که ذکر شد).

۱- فضولی عوض را ثمن در ذمه دیگری قرار دهد، یعنی بگوید: «اشتریت هذا الثوب بمائة درهم فی ذمة الغیر»، که ثمن را صد درهم در ذمه دیگری قرار داده و ذمه غیر را مشغول کرده است.

۲- فضولی عوض را مثنی در ذمه غیر قرار دهد، یعنی بگوید: «بعت ثوباً فی ذمة الغیر بمائة درهم»، که مثنی را پارچه در قبل ذمه دیگری قرار داده و متاعی را بر ذمه غیر فروخته است.

حال در این دو مورد اگر از سوی آن غیر یعنی صاحب ذمه اذن در چنین بیع یا شرائی داده باشد معامله صحیح خواهد بود و وکالت است نه فضولی، ولی بحث در جائی است که چنین اذن سابقی نبوده اینجا است که دو معامله مذکور فضولی بوده و احکام آن باب را دارند.

قوله: ثم ان:

اگر فضولی روی عین خارجی و شخصی معامله ای انجام دهد مشکلی نیست زیرا عین خارجی مالک معین دارد و معامله منوط به اجازه او است، ولی اگر روی ما فی الذمه معامله کند (که مفروض بحث است) ما فی الذمه کلی است و هر یک از ذمه خود فضولی و غیر او را شامل است، و اگر فی ذمه الغیر هم بگوید (که مفروض بحث است) باز کلی است زیرا غیر می تواند زید باشد، بکر باشد،... و کلی بدون تعیین و تمیز مورد معامله واقع نمی شود.

آنگاه سؤال این است که: راه تشخیص و تعیین ما فی الذمه چیست؟ از کجا بفهمیم که فضولی برای چه کسی معامله می کند و ثمن یا مثنی و در یک کلام عوض را از مال چه کسی و به ذمه کدام انسان قرار می دهد؟ در جواب می گوییم: دو راه دارد:

۱- از راه اضافه کردن ذمه به سوی شخص معین یعنی بطور مطلق نگوید: فی الذمه،

و به طور مجمل نگوید: فی ذمه الغیر بلکه بطور مشخص بگوید: فی ذمه فلان (کنایه از زید مثلاً) فی المثل اگر مثنی را در ذمه غیر قرار می دهد، بگوید: (بعث کرّاً من طعام فی ذمه فلان بكذا). یعنی یک تن گندم در ذمه فلانی فروختم در مقابل فلان مبلغ، که ذمه فلانی مشغول به گندم شود (هر کرّ ۶۰ قفیز است، و هر قفیزی ۸ کیل است $۴۸۰ = ۶۰ \times ۸$ هر وکیلی یک من و نیم است $۷۲۰ = \frac{۱}{۲} \times ۴۸۰$ ، پس کرّ از طعام ۷۲۰ من می باشد) یا اگر ثمن را در ذمه دیگری قرار می دهد بگوید: «اشتریت هذا الثوب بمائة درهم فی ذمه فلان» که صد درهم را به ذمه فلانی یعنی زید مثلاً، اضافه کرده است.

حکم این صورت: خیلی روشن است که معامله فضولی بوده و منوط به اجازه صاحب ذمه (زید) است اگر او اجازه داد معامله صحیح است و برای او واقع می شود و ثمن یا مثنی هم به ذمه اش می آید و باید از عهده برآید، چه اینکه متقابلاً عوض دیگر هم در ملک او داخل می شود. و اگر ردّ کرد معامله از ریشه باطل می گردد و چیزی بر ذمه وی نمی آید (نظیر اینکه عین مال مردم را مورد معامله قرار دهد، ثمن یا مثنی قرار دهد که موقوف به اجازه مالک اصلی بود و مبسوطاً گذشت).

۲- ذمه را به شخص خاصی اضافه نکند و در متن عقد نام فرد خاصی را نبرد، و سر بسته بگوید: «اشتریت كذا بكذا فی الذمه» یا «بتك كذا فی الذمه بكذا»، ولی در نیت و قصد باطن، آن صاحب ذمه را مشخص کند، یعنی مقصودش این باشد که این ثمن به ذمه زید یا این مبیع در ذمه زید باشد، باز با قصد کردن فرد خاص هم، همان فرد به عنوان صاحب ذمه متعین می شود و معامله برای او واقع نمی شود، زیرا نسبت به غیر او قصدی نبود و عقد هم تابع قصد است، و قاعده هم این است که عوض در ملک همان کسی داخل می شود که عوض دیگر از ملک او خارج می شود و آن کس غیر از مَنْ قُصِدَ مالکیت ه نیست. آری یک احتمال ضعیفی بود که سابقاً از کاشف الغطاء و پیروانش نقل شد که فرمودند: دلیلی بر اشتراط ملک نیست و عاقد ولو مالک عوض هم نباشد می تواند مالک معوّض شود و... ولی سخنان ایشان ردّ شد.

قوله: فکما انّ: تنظیر:

همانگونه که تعیین عوض در خارج (مثلاً بگوید: این پارچه را فروختم یا به این صد تومان خریدم و...) ما را از ذکر نام مالک اصلی و قصد آن بی نیاز می کند و معامله برای

مالک واقع می شود ولو فضولی او را قصد نکند و خود را قصد کند (که مسئله سوّم بود) همچنین قصد و نیت (مَنْ وقع له العقد) هم کافی است و ما را از ذکر نام او و اضافه ذمه به سوی او و تعیین عوض کلی بدین وسیله، بی نیاز می سازد.

پس تشخیص کلی و ما فی الذمه به صورت ما نعة الخلو دو راه دارد:

۱- اضافه ذمه به غیر

۲- قصد غیر از معامله.

قوله: و حیننذ: حکم این صورت:

اگر آن کسی که فضولی در معامله او را قصد کرده معامله را اجازه کرد ببع یا شراء صحیح است و برای همان کس واقع می شود و عوض هم به ذمه همان شخص می آید، ولی اگر وی معامله را ردّ کرد علی القاعده و طبق معمول باید بگوییم: این معامله از اصل و اساس در واقع باطل می شود زیرا مقتضا و مفاد ردّ عقد از سوی مَنْ قُصِدَ مالکیت این است که: نقل و انتقالی محقق نشده و هر عوضی در ملک صاحب اصلی اش باقی است (چه عوضی که بنا بود به ذمه این شخص بیاید و بدهکار شود که نشده، و چه عوض دیگر که از سوی طرف اصیل در این معامله مطرح شده و به عنوان عوض واقع شده است.)

قوله: اذ المال:

دلیل بر بقاء هر عوضی بر ملک صاحبش این است که: مال (مال اصیل که از طرف اصیل به عنوان عوض منظور شده) در باب معامله فضولی مردّد است بین مالک اصلی آن (که طرف اصیل باشد) و بین کسی که مقصود او است و عقد برای او واقع شده (صاحب ذمه) و معقول نیست که مال از ملک مالک اصلی اش که طرف اصیل است خارج شود و میان فضولی و مَنْ قُصِدَ مالکیت مردّد شود (زیرا یا عقد مزبور در نقل و انتقال مؤثر است، مثل صورت اجازه پس مال برای مَنْ وَقَعَ له العقد است و مردّد نیست، و یا مؤثر نیست مثل فرض ردّ، پس مال برای مالک اصلی و طرف اصیل است، و معقول نیست که عقد این اندازه مؤثر باشد که سبب اخراج مال از ملک طرف اصیل بشود ولی سبب ادخال آن در ملک صاحب ذمه نشود بلکه مردّد باشد میان فضولی و مَنْ قُصِدَ مالکیت) پس هیچگاه برای فضولی ولو ظاهراً واقع نمی شود و او مالک مال نمی شود و بر فرض وقوع برای فضولی نیازی به اجازه نخواهد داشت چون خودش عاقد است و در مال کسی تصرف

نکرده تا اجازه لازم باشد، و ذمه هم که مال نیست، در حالی که فتوی اینست که اجازه لازم است.

در نتیجه: مقتضای قاعده این است که: اگر صاحب ذمه رد کرد عقد واقعاً باطل باشد یعنی نه برای صاحب ذمه واقع شود و نه برای فضولی،
قوله: الا ان:

سخنان مزبور بر این فرض بود که میان فضولی و طرف اصیل نزاعی پیش نیاید، اما اگر فضولی مدعی شده که من برای خودم خرید و فروش نمی‌کردم و قصد دیگری بوده و به ذمه او چیزی را فروخته یا خریده‌ام، ولی طرف اصیل او را تصدیق نکرد و این امر را انکار کرد و قسم خورد که: خیال می‌کرده فضولی به ذمه خود معامله می‌کند و خبر نداشته از اینکه او قصد غیر دارد و فضولی است، و خلاصه قسم خورد بر اینکه او فضولی نبوده یا من نمی‌دانستم که او فضولی است و گرنه اقدام به معامله نمی‌کردم، در اینجا حاکم شرع به نفع طرف اصیل و بر ضرر فضولی حکم می‌کند یعنی او را مجبور می‌کند بر اینکه عوض را از ذمه خودش پردازد، زیرا پس از نفی فضولیت با قسم، ظاهراً عقد برای خود او واقع می‌شود و باید از عهده برآید (ضمناً حق ندارد از مال طرف اصیل استفاده کند، چرا که خودش مدعی است که مال من نیست و برای خودم خریداری نکرده‌ام، مگر از طرف اصیل اذن در تصرف بگیرد). جماعتی از فقهاء از قبیل: محقق اول^۱ فخر الاسلام^۲ محقق کرکی معروف به محقق ثانی^۳ شهید ثانی^۴ همین فتوی را داده و حکم کرده‌اند به وقوع ظاهری عقد برای فضولی.

قوله: وقد یظهر:

کلمات جماعت مذکور مقید به کلمه ظاهراً بود یعنی در ظاهر حکم به وقوع عقد برای فضولی می‌شود، ولی برخی از کلمات نظیر کلام علامه در قواعد^۵ و شیخ در مبسوط^۶ اطلاق دارد و به ظاهر اطلاقی دلالت می‌کند بر وقوع عقد برای فضولی واقعاً، و همین وقوع واقعی به جماعتی از فقهاء در برخی از فروع باب مضار به نسبت داده شده است

۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۴۷.

۴. مسالک، ج ۵، ص ۳۰۰.

۶. مبسوط، ج ۲، ص ۳۸۶.

۱. شرایع، ج ۲، ص ۲۰۵.

۳. جامع المقاصد، ج ۲۵۱.

۵. قواعد، ج ۱، ص ۲۴۷.

(منجمله محقق در شرایع و علامه در قواعد، و فرع مذکور که: شخصی به دیگری مالی داده و او با این مال مضاربه می‌کند، حال عبدی را که پدر یا مادر ربّ المال است و باصطلاح: (ممنّ ینعتق علیه) است خریداری کرد، اگر با اذن قبلی لبّ المال بود صحیح است و اول عبد قهراً آزاد می‌شود ولی اگر بدون اذن قبلی بوده و به نیت لبّ المال خریداری کرد و او اجازه نداد فرموده‌اند: یقع للعامل، یعنی معامله برای خود عامل مضارب واقع می‌شود و مقید به کلمه ظاهراً نکرده‌اند و ظاهرش این است که: یَقَعُ للعامل واقعاً.)

قوله: و حیث عرفت:

در مورد بحث که ثمن یا مثنی را در ذمه غیر قرار می‌دهد یک بیع و شراء و اصل معامله داریم و یک کلی و ذمه و نسبت به این دو چهار احتمال وجود دارد:

۱- تمام اینها را به خودش نسبت بدهد یعنی بگوید: (بعث عن نفسي ثوباً بذمتی یا فی ذمتی بمائة درهم)، که بیع را به خودش اضافه کرده، کلی را هم که ثوباً باشد به ذمه خودش اضافه کرده است، یا بگوید: (اشتریت هذا الثوب لنفسی بمائة درهم فی ذمتی) که باز همه را به خودش نسبت داده و اضافه کرده است، چنین معامله‌ای قطعاً صحیح است و ثمن یا مثنی به ذمه عاقد می‌آید و ربطی هم به فضولی ندارد. و هكذا اگر قصد نفس داشته باشد.

۲- تمام اینها را به غیر خودش نسبت دهد، یعنی بگوید: (بعث عن فلان ثوباً بذمته الفلان بدرهم)، که بیع را به فلان نسبت داده و مبیع را در ذمه همان کسی قرار داده، یا بگوید: (اشتریت لفلان ثوباً بدرهم فی ذمته)، در این فرض هم اگر اذن قبلی نداشته قطعاً فضولی است و احکامش همان است که گذشت، و هكذا اگر به غیر اضافه نکنند ولی قصد باطنی اش غیر باشد.

۳- یکی از آن دو را مطلق و مجمل گذارده و دیگری را در لفظ یا در قصد تعیین کند، مثلاً بیع یا شراء را مقید کند و به کسی اضافه بکند یا کسی را هم قصد بکند ولی کلی و ذمه را مطلق بیاورد مثلاً بگوید: (بعث عن نفسي ثوباً فی الذمة بكذا)، یا کلمه عن نفسي را نیاورد ولی قصدش این باشد، یا بگوید: (اشتریت لنفسی هذا الثوب بمائة درهم فی الذمة) یا کلمه لنفسی را نیاورد ولی قصدش این باشد. و یا عکس فرض مذکور یعنی بیع و شراء

را مطلق و مجمل بیاورد و به کسی اضافه نکند یا کسی را قصد نکند ولی ذمه را به خودش یا به غیر اضافه کند مثلاً بگوید: (بعثت ثوباً فی ذمتی یا فی ذمه فلان بكذا، یا بگوید: اشتریت هذا الثوب بمائة فی ذمتی یا ذمه فلان.) (قوله: و حیث عرفت... تا یک سطر یعنی تا کلمه ظَهَرَ که جواب حیث است، اشاره به این صورت دارد.) و حکمش این است که: مقید و مبین، مجمل و مطلق را تفسیر کرده و موجب صرف آن به این می شود و معلوم می شود که بیع و شراء برای کیست؟ یا ذمه ذمه کیست؟

۴- قوله: ظهر من ذلك:

جمع بین متنافیین کند یعنی بیع را (منظور اصل معامله است اعم از اینکه بیع باشد یا شراء باشد) به سوی غیر اضافه کند ولی کلی و ذمه را به خودش اضافه کند و یا حداقل قصدش از کلی و ذمه ذمه خودش باشد ولو در لفظ اضافه ای صورت نگرفته مثلاً بگوید: (اشتریت هذا الثوب لفلان بمائة درهم فی ذمتی)، که در حقیقت شراء برای فلانی است و مثنی به ملک او در می آید. ولی من مشغول الذمه شده و ثمن به عهده من می آید و با مال خودم برای غیر خودم متاعی خریده ام. و یا عکس فرض قبلی یعنی معامله را به خودش نسبت دهد، ولی کلی و ذمه را به غیر خود اضافه کند و یا لااقل قصدش غیر باشد مثلاً بگوید: (اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمه فلان)، که در حقیقت با مالی به ذمه فلانی متاعی را برای خود می خرد. حکم این دو فرض متعکس چیست؟

حکم این است که: اگر قصد فضولی یا عاقد از عقد مزبور جمع بین متنافیین باشد یعنی هم قصدش این است که شراء برای غیر باشد و هم ثمن در ذمه خودش، یا بالعکس این به نظر شیخ از محالات است و قصد جدی به آن هرگز تعلق نمی گیرد. ولی اگر قصد واقعی روی یکی از آن دو است ولی مردّد است که خودش باشد یا غیر و در ظاهر هر دو اضافه و نسبت را می آورد، در اینجا شیخ اعظم حکم هر صورت را جدا می آورند، اما فرض اول: (اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمتی) دو احتمال در اینجا ذکر می کنند:

۱- احتمال دارد این معامله باطل باشد، زیرا به منزله آن است که انسان با عین مالش متاعی را برای دیگر خریداری کند، زیرا در هر دو (به عین مال یا در ذمه) قصد معاوضه حقیقه ندارد، چون معاوضه حقیقی آن است که عوض از ملک هرکسی در آمد معوض در ملک او داخل شود نه در ملک دیگری، و در اینجا این امر وجود ندارد، ضمناً معمولاً

در چنین فرضی ادّعی مالکیت برای غیر و یا اعتقاد به مالکیت او هم نیست، پس معاوضه صد درصد صوری است و از این حیث باطل است.

۲- و احتمال دارد که صحیح باشد که خود دو شعبه دارد:

۱- برای خود عاقد صحیح باشد و برای او واقع شود اگر قید لفلان را الغاء کنیم.

۲- برای غیر واقع شود و صحیح باشد اگر قید فی ذمتی را نادیده بگیریم.

و اما فرض دوّم «اشتریت لنفسی بدرهم فی ذمه فلان» این نیز دو احتمال دارد:

۱- از قبیل مسئله سوّم از مسائل فضولی باشد که عین مال غیر را برای خود

می فروخت یا با عین مال مردم برای خود متاعی خریداری می کرد و حکمش این بود که:

با اجازه مالک اصلی برای او واقع می شد، در اینجا هم با اجازه صاحب ذمه برای او واقع

می شود. منتهی اوّل باید معامله را تصحیح کرده و قصد معاوضه را درست کنیم، و آن را

با بناگذاری بر تملک درست می شود، یعنی فرض را بر این بگیریم که: وی معتقد بود که

واقعاً در ذمه فلان درهمی مالک است (از باب قرض و غیره) و با این اعتقاد گفت: فی

ذمه فلان، و قصد معاوضه حقیقی کرد، ولی بعداً معلوم شد اشتباه کرده و مالک درهم در

ذمه غیر نبوده آنگاه پای عاقد بر کنار می شود و پای صاحب ذمه به میدان می آید و منوط

به اجازه او می شود.

قوله: اعتقاداً:

در مسئله سوّم دو چیز مطرح بود:

۱- ادّعی مالکیت که در غاصب بود.

۲- اعتقاد به ملکیت، ولی در اینجا فقط اعتقاداً را آورده اند، علّت آن است که کلی و

ما فی الذمه قابل غضب کردن نیست تا بناء عدوانی بر مالکیت مغضوب بگذارد، و لذا

همان اعتقاداً فرض صحیح دارد.

۲- احتمال هم دارد بگوئیم: این معامله صحیح است و برای خود عاقد واقع

می شود و قید «فی ذمه فلان» که بعداً آورده لغو است، زیرا اوّل قید «لنفسی» را آورده و

ظاهر بلکه صریحش شراء لنفسه است آنگاه هر چه منافی با آن باشد (مثل اضافه ذمه به

غیر) الغاء می شود، پس صحیح است.

در عین حال مسئله برای ما صاف نیست و جای تأمل دارد.

(نکته: مُحْشِن بزرگوار در اینجا به مرحوم شیخ اعتراض کرده‌اند و ما برای نمونه تنها کلام سید را در حاشیه یاد آور می‌شویم: ثم من المعلوم عدم الفرق بين الصورتين من حيث كونهما من الجمع بين المتنافيين، فلوبينا على ترجيح احد القيدین و الغاء الآخر لوجه للفرق بينهما كما هو ظاهر المصنف (ره) حيث انه في الصورة الاولى احتتم الغاء احد القيدین لاعلى التبيين و في الثانية بنى على الغاء ذمة الغير، فان كان نظره الى الاظهرية فهما سواء في ذلك، و ان كان نظره الى ترجيح ما يكون مقدماً في اللفظ فمقتضى ذلك ان يحكم في الاولى ايضاً بالغاء قيد ذمة نفسه و الحكم فيها بالصحة لذلك الغير بشرط اجازته لتأخره في اللفظ، و الانصاف انّ البطلان في الصورتين مقطوع به و لاوجه لهذه الاحتمالات اصلاً لآن العاقد ليس بهازل في شيء من القيدین...^۱)

قوله: ثم انه قال:

بمناسبت اینکه از جمع بین متنافیین گفتگو شد، کلامی را از علامه در تذکره نقل و نقد می‌کنند: علامه فرموده: اگر شخصی فضولياً (نه باذن قبلی به وکالت یا ولایت) متاعی را خریداری کرد، از دو حال خارج نیست:

۱- با عین مال دیگری (که در اختیار اوست یا در خارج موجود است ولو در اختیار فضولی نیست) متاعی را خریداری کرد (آیا برای مالک اصلی خریداری می‌کند؟ که مسأله اول و دوم بیع فضولی بود، یا برای خودش می‌خرد که مسأله سوم بود؟ در عبارت قیدی ندارد و با هر دو فرض می‌سازد) حکم این فرض آن است که: همان اختلاف معهود و متعارف که در آغاز مسأله اول از مسائل بیع فضولی ذکر شد، در اینجا هم جاری و ساری است و آن اینکه: عده‌ای قائل به بطلان بودند و می‌گفتند: معامله فضولی از اصل باطل است و با اجازه مالک هم درست نمی‌شود. و مشهور طرفدار صحّت تعلیقی بودند و می‌گفتند: معامله فضولی موقوف بر اجازه مالک اصلی است، اگر اجازه کرد صحیح فعلی شده و برای خود مالک اصلی واقع می‌شود، و اگر ردّ کرد باطل می‌گردد. حال در ما نحن فیه هم همین دو وجه می‌آید که شراء مذکور باطل باشد یا موقوف بر اجازه.

قوله: فالخلاف:

الف و لام عهد است یعنی همان خلاف معهود و متعارفی که قبلاً ذکر شد یا در ذهن شما است. و الخلاف مبتدا و فی البطلان... خبر است. اینکه گفتیم، فتوای مشهور فقهاء اسلام بود، ولی ابوحنیفه با مشهور مخالفت کرده و گفته: شراء مذکور صحیح است و برای مشتری فضولی واقع می‌شود، آنهم «لکلّ حالٍ» یعنی چه حال اجازه و چه حال ردّ یعنی چه مالک اصلی و صاحب عین ثمن، شراء مزبور را اجازه کند و چه ردّ کند در هر حال معامله برای خود مشتری واقع می‌شود. (متنهی در فرض اجازه به این معنی است که بیع در ملک مشتری داخل می‌شود ولی ثمن از ملک مجیز خارج می‌گردد، و از نظر ابوحنیفه شرط مالک شدن مثنی، مالک بودن ثمن نیست. و در فرض ردّ به این معنی است که: خود ثمن که عین خارجی است به مالک اصلی مسترد می‌شود و بدل ثمن بر عهده مشتری می‌آید و باید بپردازد.)

۲- و ان كان فی الذمة لغيره و اطلق اللفظ: (از دیدگاه محشّین این جملة اجمال و ابهام دارد و دارای سه احتمال است که بر محور کلمه «الذمة» دور می‌زنند،
الف: مراد از ذمه ذمه خود مشتری فضولی باشد و کلمه لغيره متعلق به فعل مقدّر یعنی اشتري باشد که به قرینه مقام فهمیده می‌شود و مراد از اطلاق لفظ هم این است که بودن ثمن در ذمه خودش، و بودن شراء برای غیر که مثنی ملک غیر شود، هر دو را در قصد و نیت منظور کرده و به زبان نیاورده و عقد خالی از آنها است مثلاً گفته: «اشتریت هذا الثوب بدرهم» و لفظ فی ذمتی و لفلان را نیاورده ولی منظور این است که: «اشتریت لغيری بدرهم فی ذمتی.»

ب: مراد از ذمه ذمه غیر باشد و کلمه لغيره هم صفت «الذمة» باشد و منظور این است که «اشتریت هذا الثوب لفلان فی ذمة»، ولی لفظ را مطلق آورده و کلمه لفلان و فی ذمة را در لفظ نیاورده و تنها در نیت و قصد لحاظ کرده است.

ج: مراد از «الذمة» مطلق یا مبهم باشد و لغيره هم متعلق به اشتري باشد و اطلاق لفظ هم یعنی در لفظ کلمه ذمه و غیر را ذکر نکند و در نیت داشته باشد که منظور این است متاعی را به نیت غیر و برای غیر می‌خرد آنهم به ثمن در ذمه چه کسی؟ خودش؟ یا همان غیر؟ یا فرد ثالث؟ اینها را مشخص نکرده است. حال هر کدام از این احتمالات شواهد و

مؤیداتی دارد که مرحوم شهیدی در حاشیه آورده است^۱ اظهر احتمالات احتمال «الف» است که مرحوم شیخ همین برداشت را کرده و بر آن اساس پیش رفته‌اند و ما همین را تعقیب می‌کنیم: متاعی را برای دیگری خریداری می‌کند و قصدش این است که مثنی در ملک دیگری داخل شود، ولی نه با عین خارجی و ثمن معین، بلکه با ثمن کلی و در ذمه خودش یعنی به ذمه خود برای دیگری چیزی می‌خرد، که ثمن را خودش بدهد و خودش مشغول الذمه باشد، نه دیگری و ضمناً لفظ عقد را مطلق آورده و مقید به قید فی ذمتی و لغیری نمی‌کند، ولی قصدش این است که ثمن به ذمه خودش بیاید و مثنی ملک دیگری شود (علت آوردن و اطلاق اللفظ آن است که: اگر لفظ را مطلق نیاورد و مقید کند به قولش که اشتريت لفلان... نمی‌توانیم احکام بعدی را صادر کنیم و بگوییم: اگر غیر ردّ کرد معامله برای مباشر و فضولی واقع می‌شود بلکه ناچار می‌شویم از حکم به بطلان). حکم این فرض آن است که: فقهای امامیه به اتفاق چنین فتوی داده‌اند: اگر آن غیر که «مَنْ قَصِدَ مَالَكَيْتَهُ لِلْمَثْمَنِ» است معامله مزبور را اجازه کرد، معامله صحیح است و برای خود مجبیز واقع می‌شود و ثمن را هم خود او و باید بدهد وگرنه معاوضه معقول نخواهد بود. ولی اگر غیر معامله را ردّ کرد (نگفته‌اند: معامله باطل می‌شود بلکه فرموده‌اند: معامله از ناحیه خود مباشر (فضولی) نافذ و مؤثر می‌شود و ثمن به ذمه خود او می‌آید و باید از عهده برآید. اما مثنی ملک چه کسی می‌شود؟ ملک منوی له؟ یا ملک ناوی یعنی فضولی؟ عبارت ساکت است و بعداً در نقد مرحوم شیخ تحلیل خواهد شد). و فتوای قدیم شافعی از عامه و نیز احمد حنبل از عامه هم همین است.

سؤال: چرا در فرض ردّ غیر، حکم به بطلان نکردید و حکم به صحّت و نفوذ از سوی خود فضولی کردید؟

جواب: برای اینکه فضولی در مال دیگری که تصرف نکرده تا با ردّ دیگری تمام اینها ابطال شود، او فقط در ذمه خویش تصرف کرده است و اختیار ذمه خویش را دارد، پس با ردّ غیر برای خودش ثابت می‌شود.

سؤال دیگر: چرا از اول نگفتید: برای خود مشتری واقع می‌شود و ربطی به غیر ندارد، بلکه موقوف به اجازه غیر کردید؟

جواب: زیرا فضولی ابتدائاً قصد غیر داشت و شراء را برای او منعقد کرده و هدف اصلی اش این بود که بدین وسیله متاع ملک فلانی شود، و لذا منوط به رضایت و اجازه غیر است، آنگاه اگر غیر، اجازه کرد معامله برای او لازم می‌گردد و باید از عهده برآید، و اگر رد کرد برای مشتری لازم می‌شود. (در حقیقت با این بیان تنافی رفع شد و میان قصد ذمه خودش با قصد وقوع شراء برای غیر، جمع کردیم به این صورت که:

در قدم اول قصد غیرمقدم است چون او غرض اصلی است پس اگر او اجازه داد معامله برای او است، و در قدم دوم اگر اورضایت نداد قصد خودش زنده می‌شود و معامله برای او واقع می‌شود.)

ضمناً فرقی ندارد (یعنی ضرری به وقوع معامله برای مشتری نمی‌زند و قاذح نیست) که فضولی ثمن در ذمه را از مال همان غیر که مقصودش بود نقد کرده و به فروشنده بپردازد (که چنین اقباض و دفعی صحیح نیست و باید قبض صحیح صورت پذیرد، ولی لطمه به صحت معامله نمی‌زند.) و یا از مال دیگر ذمه را فارغ کند.

باز فتوای ابوحنیفه و رأی جدید محمد بن ادریس شافعی (در مقابل رأی قدیم او) بر خلاف دیگران است یعنی در فرض شراء در ذمه هم بطور مطلق گفته‌اند: معامله برای خود مشتری فضولی واقع می‌شود، چه آن غیر اجازه بکند و چه اجازه نکند (با این تفاوت که: در فرض شراء به عین ثمن، اگر اجازه می‌کرد، مشتری مالک متاع می‌شد با همان ثمن معین که مال غیر بود، ولی در فرض شراء به ذمه خودش، اگر هم غیر، اجازه کند همین معامله در ذمه را اجازه کرده پس ذمه خود مشتری مشغول می‌شود نه ذمه غیر،) پایان کلام علامه.^۱

قوله: و ظاهره:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از ظاهر کلام علامه چنین فهمیده می‌شود که: در فرض شراء در ذمه، اگر غیر، معامله را رد کرد، بالاجماع معامله باطل نیست و برای خود فضولی واقع می‌شود، آنهم صحت واقعی دارد یعنی واقعاً و عندالله برای مباشر واقع می‌شود و این حکم واقعی است نه اینکه فقط در ظاهر چنین باشد (ثمره بعداً خواهد آمد) و قرینه

وقوع واقعی آن است که: در مقام تعلیل صحّت فرموده: مشتری در مال کسی تصرف نکرده تا با ردّ دیگری معامله باطل شود، بلکه در ذمه خویش تصرف کرده و اینکه محذوری ندارد، هرکس می‌تواند به ذمه خود چیزی را خریداری کند و اگر با شرائط خرید واقعاً هم مالک شود. (مضافاً به قرینه مقابله: اگر اجازه می‌کرد می‌گفتیم: معامله صحیح است و برای غیر واقع می‌شود و لاریب در اینکه وقوعش واقعی بود نه ظاهری، حال اگر ردّ هم کرد می‌گوییم: معامله صحیح است و برای مشتری واقع می‌شود، پس باید این وقوع هم واقعی باشد.) و از نظر ما صحّت واقعی مبتلا به اشکال است، زیرا اینکه در ذمه خود برای دیگری متاعی را خریداری می‌کند از دو حال خارج نیست:

۱- یا اصلاً و استقلالاً و به عنوان اینکه خودش است (نه به عنوان نیابت و غیره) این معامله را انجام می‌دهد و تصمیم می‌گیرد که ثمن به ذمه خودش باشد، چنین معامله‌ای مثل معامله با عین مال خودش است، یعنی مثل آن است که با عین مال خارجی برای دیگری چیزی خریداری کند، فرقی ندارد که به ذمه‌اش برای کسی چیزی خریداری کند، یا با پولی که در دست دارد و ملک او است برای شخص دیگر متاعی اکتساب کند، حال حکم چنین شرائی چیست؟

می‌فرماید: از نظر قواعد معامله چنین شرائی از دو حال خارج نیست:

الف: یا محکوم به بطلان است، اگر به نیت غیر عمل شود، یعنی مشتری قصدش این بود که برای غیر خریداری کند و معذک از عین مال خودش یا در ذمه‌اش ثمن را قرار دهد، و این قصد را الغاء نکنیم و حفظ کنیم، حتماً باطل است زیرا کراراً گفته آمد که: حقیقت معاوضه آن است که ثمن از ملک هر کسی خارج شد مضمن در ملک همان کس داخل شود و معقول نیست و صدق معاوضه نمی‌کند بر اینکه ثمن از ملک مشتری درآید ولی مضمن در ملک غیر داخل شود، پس علی القاعده باید حکم به بطلان کرد.

ب: و یا محکوم به صحّت است، اگر نیت غیر الغاء شود و بگوییم: قصد غیر داشتن وجودش کالعدم است به این دلیل که وقتی با عین مال خودش چیزی را می‌خرد، چه بخواهد و چه نخواهد، چه نیت غیر داشته باشد یا نه، به طور قهری معامله به خود صاحب مال و مالک اصلی منصرف می‌شود و مضمن ملک او می‌شود. در نتیجه محکوم به صحّت است آنهم صحّت لنفسه یعنی برای خود صاحب ثمن نه صحّت مطلقه که

ثمن بتواند ملک غیر شود. خیر فقط برای مالک اصلی است.

۲- و یا به عنوان نیابت و وکالتِ فضولی این شراء را انجام می دهد، یعنی در حقیقت دو تاکار فضولی می کند: یکی شراء برای غیر فضولاً، و دیگری نیابت از غیر فضولاً، و خود را به جای غیر فرض می کند و قائم مقام غیر قرار می دهد (البته اذن در این جعل ندارد و فضولتاً چنین می کند) و وقتی خود را به جای او فرض کرد ذمه خود را ذمه غیر می بیند، و به این عنوان قصد ذمه خودش را می کند که در حقیقت ذمه غیر است (همان طور که ید الوکیل ید الموکل و لسانه لسانه هكذا ذمة الوکیل ذمة الموکل) حکم این فرض: مرحوم شیخ می فرماید: اولاً اصل این نیابت فضولی محل اشکال است (البته محشّین اعتراض کرده اند که فضولی اگر صحیح باشد در همه معاملات صحیح است چه بیع و چه وکالت، و وجهی برای «مع الاشکال فی صحته» در کلام شیخ نیست.^۱) مگر به نوعی برگردد به مطلبی که در اول این امر اول ذکر شد که: جعل العوض ثمناً فی ذمة الغير باشد، یعنی گرچه در ظاهر فی ذمتی گفته ولی چون با فرض نیابت است و ذمه خود را ذمه غیر حساب کرده پس در باطن گویا مستقیماً ثمن را به ذمه غیر گذاشته و گفته: «اشتریت هذا الثوب لفلان بدرهم فی ذمة فلان»، و قبلاً حکم این مورد بیان شد که اشکالی نداشت.

و ثانیاً اگر به ذمه قرار دادن مال به عنوان نیابت فضولی باشد لازمه اش این است که: وقتی غیر، شراء را رد کرد، و نیابت را هم رد کرد، بگوییم: معامله از اصل و اساس فاسد و باطل است (چون ما قَصِدَ لم يقع) نه اینکه بگوییم: معامله صحیح است و برای فضولی واقع می شود (زیرا ما وقع لم يُقصد) و عقود هم تابع قصود است.

قوله: نعم:

تا به حال وجهی برای وقوع شراء برای خود فضولی آنهم واقعاً و حقیقتاً، نیافتیم، حال می فرماید: اگر طرف اصیل یعنی بایع منکر شد و گفت: من خیال می کردم این آدم برای خودش خریداری می کند و نمی دانستم که فضولی است و قسم خورد بر نفی علم، و متقابلاً مشتری هم توانست ثابت کند که قصد غیر داشته و برای خود نمی خریده، در چنین فرضی حکم به وقوع معامله برای مشتری می شود و او را ملزم به پرداخت ثمن

۱. حاشیه السید علی المکاسب، ص ۱۴۷ و حواشی دیگر.

می‌کنند ولی نه واقعاً بلکه در ظاهر شریعت (و ثمره در اینجا ظاهر می‌شود که: اگر واقعاً معامله برای او واقع شود، پس مثنی واقعاً ملک او است و حق تصرف دارد ولی اگر در ظاهر حکم به صحت شد، حکم ظاهری فقط برای رفع دعوا است و چون خودش معترف است که قصد غیر داشته، پس حق ندارد در مثنی دخل و تصرفی انجام دهد.) و گروهی از فقهاء در باب توکیل به این امر تصریح دادند: (منجمله محقق اول در شرایع فرموده: و کلّ موضع یبطل فیہ الشراء للموکل للمخالفة فان کان سمّاه لم یقع عن احدهما و ان لم یکن سمّاه قضی به علی الوکیل فی الظاهر و اخذ المبیع مقاصه و کذا لو انکر الوکالة) و کیف کان: اینکه معامله در واقع صحیح باشد و مثنی از ملک بایع درآمده باشد و مردّد باشد بین فضولی که مباشر عقد است یا منوی که غیر باشد (تردّد به این معنی که: اگر غیر اجازه کرد واقعاً برای او واقع می‌شود، و اگر ردّ کرد واقعاً برای فضولی می‌شود.) اثبات آن از خرط قتاد (کندن خارهای درخت خار دار با دست باز از بالا به پائین که خیلی سخت و طاقت فرسا است) هم مشککتر است. در پایان: از باب توجیه کلام بزرگان ممکن است کلام علامه را توجیه کرده و بگوییم: منظورش از وقوع معامله برای مباشر عقد یعنی فضولی، وقوع واقعی نیست بلکه وقوع ظاهری است، و برایشان ایرادی نیست. و لکن این توجیه هم بعید است و با ظاهر تعلیل مذکور در کلام علامه (لأنه تصرف فی ذمّة...) سازگار نیست. پس اشکال بر ظاهر قول علامه، کماکان به قوت خود باقی است.

قوله: الثاني:

دومین امر باقیمانده: درباره معاطات فضولی است: در اوائل کتاب البیع، مطلق بیع را به دو قسم تقسیم کردیم:

- ۱- بیع قولی یا عقدی یا باصیغه: بیعی که با ایجاب و قبول لفظی انشاء می‌شود.
- ۲- بیع فعلی یا معاطات: معامله‌ای که با اخذ و اعطاء، قبض و اقباض، داد و ستد به نیت انشاء تملیک حاصل می‌شود و به نفس این دادن و ستاندن انشاء تملیک و تملک می‌شود. حال یکی از مصادیق مطلق البیع، بیع فضولی است (و مصداق دیگر بیع مالکین، وکیلین، ولّیین و... است) که آن نیز دو شعبه دارد:

۱- بیع فضولی قولی: معامله‌ای که فضولی با انشاء لفظی و گفتن بعث و اشتريت

انجام می دهد، و کلّ مطالبی که از اوّل بیع فضولی تا اینجا ذکر شد، مربوط به همین بخش بود.

۲- بیع فضولی فعلی یا معاطات فضولی: دو نفر که هر دو فضولی هستند و یا یکی از آندو فضولی و دیگری اصیل است، با یکدیگر معامله معاطاتی انجام می دهند، و تقابض و تعاطی می کنند و هر کدام مالی را به دیگری به قصد انشاء تملیک می دهند و این امر ثانی درباره بیان حکم همین قسم است: سؤال: آیا معاطات فضولی مثل بیع فضولی است و موقوف بر اجازه مالک اصلی است؟ یا از ریشه باطل و بی اثر است و اجازه لاحق هم تأثیری ندارد؟ در جواب این سؤال، مسأله را بر دو مبنای مذکور در باب معاطات مبتنی می کنند: آنجا بحثی بود که آیا معاطاتی که مقصود طرفین از آن تملیک و تملک است، مفید اباحه تصرف است؟ یا مفید ملکیت است؟ مشهور فقهاء تا زمان محقق ثانی می گفتند: معاطات کذائی فقط مفید اباحه تصرف است، ولی محقق ثانی و جماعتی و منجمله شیخ اعظم می فرمود: معاطات مزبور مفید ملکیت است. (البته ملک جایز و متزلزل و نه لازم) حال بنابر اینکه در آن بحث مسلک مشهور را اختیار کنیم و معاطات را مفید اباحه بدانیم، در ما نحن فیه باید بگوییم: معاطات فضولی باطل و بی اثر است و حتّی مفید اباحه تصرف هم نیست، زیرا افاده اباحه بر خلاف اصل است، چون مقصود متعاطیین تملیک و تملک بود نه صرف اباحه، و عقود هم تابع قصود هستند، پس علی القاعده باید معاطات مفید ملک می بود ولی حکم به اباحه شده، پس این خلاف قاعده است، و در اموری که خلاف اصل باشد به قدر متیقّن اکتفا می شود، و قدر متیقّن از معاطاتی که مفید اباحه تصرف می باشد، معاطات دو مالک یا مأذون است نه دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل، و بر فرض شک در تأثیر معاطات فضولی از اصل عدم تأثیر استفاده می کنیم.

ولی بنابر مسلک محقق ثانی و متأخرین از وی که معاطات را مفید ملک می دانند، شیخ اعظم می فرماید: بر این مبنی فرقی میان بیع فضولی و معاطات فضولی در تمام اقسام بیع فضولی (که در امر اوّل به دوازده قسم اشاره شد، مضافاً به اقسام دیگری که در دنباله آن آوردیم) وجود ندارد، و به عقیده ما هیچ مانعی ندارد که دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل به نیت تملیک و تملک با یکدیگر داد و ستدی انجام دهند (مثل

اینکه ایجاب و قبولی انجام می‌دادند) و موقوف به اجازه مالک اصلی باشد و اگر اجازه داد این معاطات صحیح و مفید ملک باشد، آنهم براساس دو مسلکی که در باب اجازه خواهد آمد که ناقله باشد یا کاشفه، اگر ناقله باشد از هنگام اجازه ملکیت جایزه محقق می‌شود و معاطات مؤثر می‌گردد، و اگر کاشفه باشد از حین تعاطی و وقوع معاطات ملکیت بوده و اجازه کاشف از آن است، (و به زودی ثمرات و نتایج قول به کشف و نقل خواهد آمد.) و وقتی مانعی نبود، عموماً و اطلاقاتِ باب بیع و تجارت همان طور که بیع فضولی را شامل بود (و عمده دلیل مرحوم شیخ بر صحت فضولی همین اطلاقات و عموماً بود.) همچنین معاطات فضولی را هم شامل می‌شود، پس اَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ^۱ تجارةً عن تراضٍ^۲ و... ما نحن فیه را شامل می‌شود. و علاوه بر دلیل مذکور، مؤیدی هم داریم که حدیث عروه باریقی است، وجه تأیید آن است که: ظاهر قضیه آن است که معامله عروه (که در بین راه یکی از دوگوسفند را به یک دینار فروخت و گوسفند را تحویل داد و دینار را گرفت.) به نحو معاطات انجام شده و معذالک رسول اکرم ﷺ کار او را تقریر کرد و رد نکرد، پس معاطات فضولی هم با اجازه مالک صحیح است.

(سؤال: منشاء ظهور آن روایت در معاطاتی بودن معامله چیست؟ جواب: مرحوم شهیدی فرموده: شاید منشاء ظهور غلبه باشد^۳ که غالباً معاملات مزبور در خارج به معاطات انجام می‌شده (و الظَّنَّ يَلْحَقُ الشَّيْءَ بِالْأَعْمَ الْأَغْلَبِ)، ولی کراراً گفته آمده که غلبه ظَنٌّ آورست و ارزشی ندارد مگر به پایه ظهور برسد که ثابت نیست و اَوَّلُ الْكَلَامِ است. و مرحوم سید فرموده: شاید منشاء ظهور، سیره مستمره باشد، به این نحو که در زمان ما که این گونه معاملات به نحو معاطات انجام می‌گیرد پس در آن زمان هم چنین بوده، و سپس خود سید در آن مناقشه کرده که: از کجا این سیره تا آن عصر استمرار داشته باشد؟^۴ و مرحوم ایروانی منشاء ظهور را ترک استفصال قرار داده که پیامبر ﷺ از عروه سؤال نکرد که: این معامله را به قول انجام داده یا معاطاتی؟ و بدون طلب تفصیل کار او را تأیید کرده و فرمود: بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ، البته در این وجه نیز مناقشه شده است^۵ ولی از دو وجه دیگر بهتر است.)

۱. سورة بقره / ۲۷۵. ۲. سورة نساء / ۲۹.

۳. هداية الطالب الى اسرار المكاسب، ص ۲۸۴.

۴. حاشية السيد على المكاسب، ص ۱۴۷. ۵. حاشية المكاسب، ص ۱۲۵.

(سؤال دیگر: اگر ظهور در معاطات دارد خوب بود آن را دلیل قرار می دادند و می فرمودند: یدل... چرا فرمودند: و یؤید، و این را مؤید قرار داده اند؟ جواب سابقاً گفته آمد که مورد حدیث آنجائی است که عروه علم به رضایت مالک یعنی پیامبر ﷺ داشت و در بیان مصادیق بیع فضولی اختلاف بود که آیا با علم به رضایت مالک هم معامله فضولی است و باید اذن صریح بدهد؟ یا به مجرد احراز رضایت، معامله از فضولی بودن خارج است؟ به عقیده مشهور: باز هم معامله فضولی است. ولی به عقیده شیخ موضوعاً از فضولیت خارج بود، حال بر مسلک ما روایت از بیع فضولی اجنبی است ولی بر مسلک مشهور دلیل بر بیع فضولی است و به همین مقدار که مشهور قبول دارند، برای ما یک مؤید می شود.)

قوله: و توهّم:

عده ای با ما مخالفت کرده و گفته اند: معاطات فضولی کلاً باطل و فاسد است و با اجازه بعدی هم قابل اصلاح نیست، از مجموع سخنان مخالفین سه دلیل مستفاد است که به نقد و بررسی آنها می پردازیم.

دلیل اول همین است که به عنوان توهّم ذکر شده، و آن اینکه: متوهّم می گوید معاطات یعنی قبض و اقباض و اخذ و اعطاء طرفینی پس باید فضولی هم مال غیر را به قبض طرف معامله بدهد تا معاطات صدق کند، و اقباض فضولی تصرف در مال غیر است، و تصرف در مال دیگری بدون اذن مالک و طیب نفس او حرام است، پس اقباض مزبور حرام است، و حرمت ملازم با فساد است، یعنی اقباض مزبور چون نامشروع است فاسد و بی اثر است و وجودش کالعدم است و کانّ اقباضی صورت نگرفته، آنگاه اجازه بعدی هم کاری از پیش نمی برد و تأثیری ندارد، زیرا چیزی که مؤثر باشد نیامده تا اجازه آن را تکمیل کند. پس معاطات فضولی باطل است.

قوله: فی غیر محله:

مرحوم شیخ از توهّم مذکور، چهار جواب می دهند:

۱- اولاً چنین نیست که همیشه از سوی فضولی اقباضی صورت بگیرد تا بگوید حرام است، بلکه گاهی فضولی چیزی را برای دیگری در ذمه همان دیگری خریداری می کند و از طرف فضولی اعطائی صورت نگرفت تا حرام باشد، از طرف دیگر هم که

اقباضی صورت گرفته، علی الفرض او اصیل است و اقباض مال خودش که حرام نیست، و باز علی الفرض در معاطات اعطاء یکطرف هم کافی باشد. حال دلیل شما چنین فرضی را شامل نیست، پس اخصّ از مدعای شما است.

۲- ثانیاً بر فرض که از سوی فضولی هم اقباض صورت بگیرد و مال مردم را به طرف معامله بدهد، ولی چنین نیست که همیشه و همه جا اقباض مال مردم حرام باشد، بلکه ای چه بسا فضولی یقین داشت که مالک اصلی راضی به این اعطاء است و یا خیال می‌کرد که او راضی است، در این فرض هم اقباض حرام نیست تا بگویید حرمت مستلزم فساد است و... پس دلیل شما این فرض را هم شامل نیست و اخصّ از مدعای شما است. (البته همان قید مذکور در حدیث عروه را می‌آوریم که: بنابر مسلک مشهور که با علم به رضایت هم معامله از فضولی بودن خارج نشود، این جواب صحیح است.)

۳- بر فرض که اقباضی باشد و حرام هم باشد (در اثر عدم احراز رضایت مالک اصلی) ولی چنین نیست که هر حرمتی مستلزم فساد باشد بلکه اگر اقباض به عنوان بیع و معامله است حرام و منهی می‌شد نهی ارشاد به فساد بود ولی اقباض به عنوان اینکه تصرف است تخریم شده و حرمت تصرف صرفاً تکلیفی است و در معاملات چنین نهی و حرمتی ملازم با فساد نیست، پس نتوان گفت: اصل معاملات فضولی باطل است.

۴- بر فرض که اقباضی باشد و حرام هم باشد و حرمت هم مستلزم فساد باشد، ولی معنای فساد چیست؟ معنایش آن است که: اثر مقصود بر این معاطات بار نمی‌شود، اثر مقصود چیست؟ آن است که نفس این معاطات سبب مستقلّ و علّت تامّه برای ملک باشد (چنانکه در معاطات مالکین است). حال معاطات فضولی فاسد است یعنی علّت تامّه نقل و انتقال نیست، ما هم این را قبول داریم، ولی این منافاتی ندارد با آنکه سبب ناقص و جزء العلة باشد و به ضمیمه اجازه بعدی مؤثر باشد.

قوله: و ربما يستدل:

دلیل دوّم و سوّم مخالفین دو بیانی است که مرحوم شیخ اسد الله تستری در مقایس^۱

دارد:

بیان اول: حقیقت معاطات عبارتست از تراضی طرفین با اضافه قصد اباحه تصرف یا قصد ملکیت داشتن، و قبض و اقباض در حقیقت آن اصلاً دخیل نیست. «صغری» و دو امر مذکور یعنی تراضی و قصد از وظایف و خصائص مالک اصلی است و صدور آندو از غیر معقول نیست، مالک اصلی باید طیب نفس داشته باشد او باید قصد اباحه و ملک بکند نه دیگری «کبری» پس معاطات از مختصات مالک است و از غیر او متصور نیست «نتیجه» و فضولی هم که مالک نیست، پس معاطات از او واقع نمی شود. «نتیجه نهائی»

بیان دوم: بر فرض که قبض و اقباض هم در معاطات دخیل و معتبر باشد ولی قبض اقباض که مقارن با دو امر مذکور (تراضی، قصد ملک یا اباحه) باشد معتبر است نه هر قبض و اقباضی «صغری» و قبض و اقباض با دو ویژگی مذکور از وظائف مالک است و باید از مالک یا مأذون صادر شود تا مؤثر باشد وگرنه بی اثر است «کبری» پس معاطات هم باید از مالک یا مأذون صادر شود و الا اثری ندارد «نتیجه» و فضولی مالک یا مأذون نیست پس معاطات او اثر ندارد و معنای بطلان هم جزاین نیست. «نتیجه نهائی»

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ اول از بیان دوم دو جواب می دهند:

جواب اول: آنان که در معاطات قبض و اقباض را شرط و معتبر می دانند برای چیست؟ فقط برای این است که بدین وسیله انشاء تملیک و تملک شود و سبب مملک درست شود، زیرا علی الفرض قولی که نیست پس باید به عمل و فعل یعنی قبض و اقباض انشاء تملیک کنند، پس این فعل هم سبب مملک است و (چنانچه که در تعابیر بزرگان هم آمده مثلاً شهید در قواعد فرموده: معاطات نزد فقهاء عقد فعلی است و عقد هم که سبب ملک است، یا بعض از حنفیه که طرفدار لزوم معاطات هستند و آن را مفید ملک لازم می دانند گفته اند: بیع هم با ایجاب قبول منعقد می شود و هم با تعاطی و هر دو را سبب قرار داده اند.)

حال که اشتراط قبض به منظور تحقق سبب ملک و انشاء تملیک است، می گوئیم: چه مانعی دارد که اقباض فضولی مثل انشاء قولی و ملک گفتن او باشد؟ همانطور که صیغه را با قصد انشاء به زبان می آورد، این اقباض را با همان قصد انشاء انجام می دهد،

آنگاه چرا فرق می‌گذارید؟ و بیع فضولی را صحیح می‌دانید ولی معاطات او را باطل می‌دانید؟!

قوله: و اعتبار:

جواب دوّم: اینکه گفتید باید قبض و اقباض مقارن با طیب نفس و تراضی مالکین باشد می‌پرسیم: مگر ادله اعتبار طیب نفس واحد نیست؟ قطعاً خواهید گفت: آری این ادله اتحاد دارند.

می‌پرسیم: اگر واحد است پس چرا فرق می‌گذارید میان بیع قولی فضولی با معاطات او و در بیعش مقارنت رضایت را شرط نمی‌دانید ولی در معاطات شرط می‌دانید؟ حقّ این است که ایندو مثل هم می‌باشند، اگر مقارنت طیب نفس شرط است در هر دو شرط است و اگر شرط نیست در هیچکدام نیست، و چون در بیع فضولی این شرط را نمی‌دانید پس در معاطات فضولی هم نباید شرط بدانید.

الآن يقال:

مگر کسی بگوید: مقتضای دلیل این است که: همه جا طیب نفس مالک مقارن با عقد باشد منتهی خصوص بیع قولی فضولی به دلیل خاص از این اصل خارج شده و مقارنت در آن شرط نیست اما معاطات فضولی که دلیل خاص ندارد و استثناء نشده و در تحت همان دلیل باقی است و چون طیب نفس مقارن نیست پس فاقد شرط بوده و باطل است. لکن قبلاً دانستی که عقد فضولی یک استثناء و امر بر خلاف قاعده و قانون نیست، پس اگر علی القاعده است فرقی میان او و معاطات فضولی نیست. و حقّ این است که: در هیچکدام مقارنت تراضی معتبر نیست.

قوله: نعم لو قلنا:

این فراز جواب از بیان اوّل صاحب مقایس است: مرحوم شیخ نخست اصل بیان را می‌پروراند و سپس با «لکن الانصاف» جواب می‌دهد، اما اصل بیان: اگر کسی قائل شود به این مطلب که: در حقیقت معاطات قبض و اقباض اصلاً معتبر نیست (اگر چه همراه با آن قبضی هم اتفاق بیفتد ولی جنبی و در کنار معاطات است نه خود آن و مقارن اتفاقی است). بلکه حقیقت معاطات عبارتست از تراضی باطنی دو مالک اصلی بر اینکه هر یک مال دیگری را مالک شود (حال این تراضی مطلقاً باشد یعنی چه در کنارش ایصال و

وصولی باشد یا نه، یا همراه با وصول مال طرفین به یکدیگر باشد، یا همراه با وصول یکطرف باشد، آنهم ایصال و وصول توسط خود مالکها باشد یا توسط قائم مقام آنها باشد، یا بواسطه اجنبی باشد یا بواسطه صبی باشد، یا حتی توسط چهار پایی باشد و بلکه حتی اگر توسط ورزش باد باشد، اینها هیچکدام در ماهیت معاطات دخیل نیست.) حال اگر معاطات صرف تراضی باطنی باشد و سبب مستقل و علت تامه ملک یا اباحه همین تراضی باشد پر واضح است که چنین چیزی از فضولی میسور نیست چون او مالک نیست و ملاک تراضی مالکین است، پس معاطات هم از فضولی میسر نیست، آری آنچه از فضولی میسور است همان ایصال و رساندن مال کسی بدست دیگری است و فرض اینست که ایصال در معامله معاطاتی دخیل نیست. آنگاه اگر بدنبال این ایصال مالک اصلی راضی شد که کسی که مال دست او رسیده مالک مال شود، به نفس این رضا معاطات محقق می شود، نه اینکه این رضایت، امضاء و اجازه یک معاطات پیشین باشد. پس اگر معاطات را مجرد تراضی طرفین... بدانیم، از فضولی قابل صدور نیست.

قوله: ولكن الانصاف:

تا اینجا تبیین بیان اول محقق تستری بود. ولی جوابش این است که: احدی از علماء از معاطات چنین معنائی را قصد نکرده، آنها وقتی می گویند: «معاطات» منظورشان یک عقد معامله فعلی است یعنی معامله ای که با فعل و عمل انجام می گیرد، در مقابل معامله قولی که با قول انجام می گیرد، پس حقیقت معاطات همان تعاطی و تقابض طرفینی است و همانطوری که بعث و ملک گفتن به نیت انشاء تملیک از فضولی میسور است و شما هم قبول دارید، همچنین اعطاء و اقباض هم به نیت مزبور از فضولی میسور است و هیچ محذوری ندارد. پس معاطات فضولی هم موقوف بر اجازه مالک است و باطل نیست.

قوله: هذا كله:

مطالبی که از آغاز امر ثانی تا به حال گفته آمد، تماماً بر مبنای متأخرین بود که معاطات را مفید ملک می دانستند و نتیجه این شد که معاطات فضولی هم داریم. و اما اگر کسی مبنای مشهور را گرفت و معاطات را مفید اباحه دانست، حق این است که: در ما نحن فیه یعنی باب فضولی، معاطات فضولی باطل است. و دو دلیل بر بطلان آن داریم:

۱- افاده اباحه بر خلاف اصل است، زیرا مقصود متعاطین تملیک بود و علی

القاعده باید حکم به ملکیت می شد نه اباحه، چرا که عقود تابع قصود هستند، پس حکم به اباحه خلاف قاعده، و در اموری که خلاف اصل باشند به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقن از معاطاتی که مفید اباحه است، معاطات مالکین است و اگر بین دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل واقع شد بی اثر است.

۲- اصولاً تحقق اباحه فعلی پیش از اجازه مالک ممکن نیست، زیرا اجازه اگر کاشفه باشد تا نیاید اباحه فعلی نمی شود و لو در واقع باشد، و اگر ناقله باشد که پر واضح است که تا اجازه نیاید اباحه ای نیست نه واقعاً و نه فعلاً، پس در هر حال بدون اجازه اباحه فعلی نیست، ادله طیب نفس هم می گوید: تا طیب نفس نباشد حلالیتی نیست، پس اباحه و اثر بعد از اجازه می آید و قبل از اجازه اباحه ای نیست، پس معاطات فضولی اثری ندارد و معنای بطلان هم جز این نیست که: اثری بر آن مترتب نیست.

قوله: والآثار:

در باب معاطات غیر از اباحه تصرف که یک اثر تکلیفی است، آثار دیگری هم بود از قبیل جواز بیع و هبه و... که مباح له بتواند این مال مباح را بدیگری بفروشد یا هبه کند که آثار وضعی هستند و قبلاً مورد بحث بود که مباح له حق هر نوع تصرفی دارد (حتی تصرف متوقف بر ملک) یا نه؟

حال بر فرض که مباح له حق هر نوع تصرفی داشته باشد، باز هم میگوییم: جواز این تصرف در زمان اباحه فعلی است و از آن کسی است که بالفعل مباح له باشد و در باب فضولی تا اجازه نیاید فعلاً نه اباحه ای و نه مباحله ای، پس آثار دیگر هم بر معاطات فضولی مترتب نیست.

قوله: اللهم: مگر کسی بگوید: در وقوع و ترتب آثار مزبور (بیع و هبه و...) اباحه فعلی معتبر نیست تا منوط به اجازه باشد، همان اباحه واقعی هم که در واقع و عند الله ثابت است و اجازه بعدی کاشف از آن است (این بر مبنای کشف است نه نقل) کافی است برای ترتب آن آثار، پس معاطات فضولی به کلی بی اثر نیست تا باطل شود.

قوله: فافهم:

اشاره به این است که: اولاً این فقط بر مبنای کشف، معاطات فضولی را تصحیح کرد ولی بر مبنای نقل اشکال به قوت خود باقی است. ثانیاً اباحه واقعی کافی نیست و باید اباحه

فعلی باشد زیرا دلیل می‌گوید: مباح له حقّ بیع و هبه و... دارد و مشتقات ظهور در فعلیّت دارند، و مباح له یعنی کسی که بالفعل مباح له است، و فعلیّت اباحه در گرو اجازه است. پس تا اجازه نیاید معاطات فضولی هیچ اثری ندارد، پس باطل است.

القول فی الاجازة و الردّ

سه مسأله اصلی فضولی با دو امر باقیمانده آن به پایان رسید، اینک وارد مبحث اجازه و ردّ می‌شویم: در بیع فضولی مکرّر گفته آمد که: موقوف به اجازه مالک اصلی است، پس اگر مالک اصلی این بیع را اجازه و امضاء کرد صحیح می‌شود، و اگر ردّ کرد باطل می‌گردد.

حال وقت آن رسیده که مبسوطاً پیرامون اجازه و ردّ سخن بگویم و احکام آن‌دو را بیان کنیم: امّا درباره‌ی اجازه: مرحوم شیخ در این رابطه سه بحث منعقد می‌کنند:

۱- درباره‌ی احکام و شروط خود اجازه که فعل مُجیز است.

۲- درباره‌ی احکام و شرطهای شخص مُجیز که مالک اصلی یا قائم مقام او است.

۳- درباره‌ی احکام و شروط عقد و معامله‌ی مُجاز و اجازه داده شده.

(البته عنوان چهارم هم وجود دارد که مُجازله باشد ولی بحث جدائی ندارد، چون مُجازله همان طرف اصیل است که مبسوطاً قبل از بیع فضولی، احکام معامله‌ی مالک اصلی بیان شد.)

امّا مبحث اوّل: در رابطه با خود اجازه یک بحث درباره‌ی احکام اجازه است و یک بحث راجع به شروط آن، امّا احکام اجازه: مهمترین حکمی که در رابطه با اجازه مطرح است مسأله کشف و نقل است: آیا اجازه کاشفه است؟ یا ناقله؟ معنای کاشفیت این است که: اجازه کاشف از این است که از هنگام وقوع عقد و معامله‌ی فضولی ملکیت و نقل و انتقال آمده بود و ما نمی‌دانستیم و با آمدن اجازه این امر را دانستیم پس اجازه صددرصد کاشف است، تا آنجا که گویا در همان زمان که عقد واقع شد، اجازه هم حاصل شد. (البته کشف اقسامی دارد که در ادامه خواهد آمد) و معنای ناقلیّت آن است که: تا اجازه نیامده اصلاً ملکیت و نقل و انتقالی حاصل نشده و با تحقّق اجازه نقل و انتقال هم محقّق می‌شود و قبلاً نبوده بطوری که گویا عقد فضولی هم اکنون و در هنگام اجازه محقّق شده و وجود قبلی آن تأثیر استقلالی نداشت. (ثمرات قول به کشف و نقل را مبسوطاً بررسی خواهیم کرد.) حال مشهور فقهاء که طرفدار صحّت معاملات فضولی هستند، در یک مطلب اتفاق نظر دارند و آن توقّف معامله‌ی مزبور بر اجازه مالک اصلی

است. ولی در کیفیت مدخلیت اجازه اختلاف نظر دارند که آیا کاشفه است؟ یا ناقله؟ در این رابطه دو مقام از بحث مطرح است:

۱- مقتضای قواعد و عموماً. ۲- مقتضای اضرار خاصه، اما مقام اول:

در اینکه آیا اجازه کاشفه است یا ناقله؟ دو نظریه مطرح است:

۱- بیشتر فقهاء طرفدار کشف هستند، و برای اثبات کاشفیت به وجوهی استدلال

کرده‌اند:

وجه اول: به عموم آیه اوفو بالعقود^۱ استناد کرده‌اند، آن هم به سه بیان که فعلاً بیان اول مطرح است: از طرفی کلمه العقود در آیه مفید عموم است و عقد مالک و وکیل و فضولی هر سه را شامل است در عقد فضولی هم چه فردی که مالک اجازه کرده و چه فردی که رد کرده، و چه فردی که هنوز نه رد کرده و نه اجازه تمام اینها را شامل است. منتهی به حکم ادله اعتبار طیب نفس از مجموع این افراد و مصادیق، فردی از بیع فضولی که از سوی مالک رد شده، از عموم آیه استثناء شده است و بقیه مشمول آیه هستند.

از طرف دیگر مفاد آیه یا مستقیماً حکم وضعی است یعنی بر عقود و معاملات خود ترتیب اثر بدهید، یعنی عقدهای شما مؤثر است و سببیت برای ملکیت و زوجیت و... دارند، و یا مفید حکم تکلیفی است یعنی وجوب وفا را می‌رساند ولی مستلزم حکم وضعی هم هست، زیرا اگر عقدی صحیح بلکه لازم نبود که واجب الوفا نبود.

و از طرف سوّم در ظاهر آیه سببیت و تأثیر را استقلالاً به خود عقد نسبت داده و فرموده: «اوفوا بالعقود» و نفرموده: «اوفوا بالعقود مع شیئی آخر» ضمیمه‌ای در میان نیست.

با توجه به این نکات می‌گوییم: به حکم عموم و اطلاق آیه خود عقد سبب مستقل در تأثیر است، منتهی اگر این عقد از مالک اصلی صادر شود، از آنجا که از اول همراه با طیب نفس است و حالت منتظره ندارد، از اول ما یقین به سبب تامّ بودن آن داریم و علیّت تامّه بودن آن برای ما محزر و معلوم است. ولی اگر از فضولی صادر شود، با توجه به اینکه یک فردش از عموم آیه اخراج شد، ما از اول یقین به سبب تامّ بودن عقد او نداریم و در ظاهر شک داریم زیرا هر لحظه احتمال می‌دهیم که مالک اصلی آن را رد کند و ملحق به فرد مستثنی گردد، ولی هنگامی که مالک اصلی اجازه کرد خیالمان راحت

مى شود و مى فهميم كه اين هم از عقدهائى است كه سبب تام است و اين معنى براى ما منكشف مى شود، و وقتى سببى تامه محرز شد معلول هم مى آيد يعنى حكم به ملكيت هم مى كنيم و منتظر چيزى نيستيم، و الا اگر حكم نكنيم با ظاهر آيه كه وجوب وفا را به خود عقد نسبت داد نه به عقد و چيز ديگر، مخالفت کرده ايم.^١

وجه دوّم: قوله: و بان: (پيش از بيان دوّم و سوّم وجه اوّل مى پردازيم به بيان ساير وجوه قول به كشف) وجه دوّم از وجوه قائلين به كشف اين است كه: اجازه بعدى به عقد قبلى و معامله فضولى بر مى گردد، و متعلق اجازه عقد سابق است، و مضمون اجازه آن است كه: من به آن عقد سابق راضى هستم و آن را امضا مى كنم، و مفاد عقد سابق عبارتست از نقل و تمليك از حين انشاء (بعث يعنى نقلت هذا الشيئ الى ملكك من الآن اى من حين الانشاء) پس اجازه هم به همين مضمون يعنى نقل از زمان انشاء مى خورد، و اين چيزى جز كشف نيست.^٢

وجه سوّم: جناب فخر الدين در ايضاح فرموده: فرض اين است كه عقد فضولى مثلاً يكماه قبل صادر شده و اين عقد يك سلسله الفاظى بود كه تدريجاً از متعاقدين صادر شد و سپس معدوم شد، و الان در زمان اجازه آن حقيقت زمانى متدرّج و متصرّم (كلام و ايجاب و قبول) نيست. حال اگر اجازه را كاشفه بدانيم، بدان معنى است كه آن عقد در همان لحظه كه صادر شد و وجود يافت همان لحظه هم تأثير گذاشت و مفيد ملك شد و محذورى ندارد، ولى اگر كاشفه ندانيم و ناقله بگيريم لازمه اش آن است كه: معدوم بما هو معدوم يعنى عقد فضولى در موجود بما هو موجود يعنى ملكيت و نقل و انتقال، تأثير بگذارد، و در حاليكه چنين چيزى از محالات است عدم كه چيزى نيست تا در وجود تأثير بگذارد پس قول به نقل تالى فاسد دارد و ناچار بايد قائل به كشف شويم. و هو المطلوب.^٣

١. اين وجه را محقق ثانى در جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٢ و شهيد ثانى در شرح لمعه، ج ٣، ص ٢٢٩ ذكر کرده اند.

٢. اين وجه نيز مال دو بزرگوار مذكور در آدرس قبلى است.

٣. ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٩.

قوله: ویرد:

مرحوم شیخ از سه وجه فائلین به کشف پاسخ می دهند: (البته از وجه سوّم پاسخی نداده اند ولی بطلان آن وجه روشن است و مرحوم سیّد در حاشیه به پنج وجه از این دلیل جواب داده اند که یکی از آنها را می آوریم: محذوری که شما ذکر کردید اختصاص به ما نحن فیه ندارد عامّ البلوی است و در کلیّه صیغ عقود جاری و ساری است زیرا در معاملاتی هم که مالکها انجام می دهند ایجاب و قبول تدریجاً محقق می شود و اوّل که ایجاب آمد قبول نبود و بعد که قبول می آید، ایجاب موجود شد و سپس معدوم شده و چگونه جزء سبب و مؤثر در ملکیت است؟ آیا این از باب تأثیر معدوم در موجود نیست؟ چرا هست، حال هر جوابی اینجا دادید ما همان را در ما نحن فیه می دهیم.^۱)

اما جواب از وجه اوّل: مقدّمه درست است که در ظاهر آیه تنها عقد را سبب تامّ معرفی کرده ولی از ادله طیب نفس استفاده می شود که عقد به ضمیمه طیب نفس رضایت مالک، مؤثر است. آنگاه اگر عقد از مالک اصلی صادر شود، چون طیب نفس هم محرز است پس حالت منتظره ای نیست و خود عقد کذائی سبب تامّ است. ولی اگر از فضولی صادر شود، فرض این است که طیب نفس مالک مقرون به عقد نیست و بعداً به عقد ملحق می شود، پس نتوان گفت: به سبب اجازه کشف می کنیم که از قبل سبب تامّ بوده و مثل عقد مالک است، زیرا اجازه کاشف از رضای مقارن نیست، و حدّ اکثر معنای صحّت عقد فضولی این است که: اجازه قائم مقام رضایت مقارن است، یعنی آثار او را دارد و موجب صحّت و لزوم است، و همانطور که رضای مقارن مؤثر است، رضای لاحق هم که قائم مقام او است مؤثر است، و وقتی اجازه بعدی جزء مؤثر بود عقلاً محال است که اثر آن یعنی ملکیت و نقل و انتقال پیش از او باشد زیرا همیشه علّت تامّه با تمام اجزائش تقدّم بر معلول دارد و پیش از آن است و تخلف معلول از علّت تامّه محال است و کلاً و جُدت العلة وُجد المعلول، پس نتوان از راه مذکور کاشفیت را اثبات کرد.

قوله: و منه یظهر:

(این فراز در حقیقت بیان دوّم از سه بیان وجه اوّل یعنی استدلال به آیه است که وعده

دادیم و مرحوم شیخ در اینجا طرح کرده و جواب داده‌اند:

اما اصل بیان: آیه شریفه می‌گوید: وفای به عقد واجب است و منظور عقدی است که جامع جمیع اجزاء و شروط باشد وگرنه هر عقدی که وجوب وفا ندارد، آنگاه عقدی هم که از فضولی صادر شده جامع همه شروط معتبره هست (و به اصطلاح: عقد فضولی عقدی است که از اهل آن یعنی از انسان بالغ و عاقل و مختار و قاصد و... صادر شده، و در محل آن یعنی بر چیزی که مالیت و ملکیت دارد و سایر شروط عوضین را دارد، و از قبیل خمر و خنزیر و... نیست. عَقْدٌ صَدَرَ مِنْ اَهْلِهِ وَ وَقَعَ فِي مَحَلِّهِ). تنها یک شرط را ندارد که رضایت و اجازه مالک اصلی باشد، آن هم که حاصل شد، سبب یعنی خود عقد تأثیر خود را می‌گذارد و موجب ملکیت می‌شود، پس تأثیر مال خود عقد است و اجازه کارگر نیست، پس صرفاً کاشف از اثر واقعی است. و هو المطلوب.

قوله: فأنه اذا:

مرحوم شیخ می‌فرماید: (سخن شما یک بام و دو هوا است زیرا) از طرفی با صراحت اعتراف می‌کنید که اجازه مالک شرط است و از طرفی هم به صراحت می‌گویید: اجازه مالک کاشف از وجود مشروط و اثر قبل از اجازه و از آغاز معامله است، و این دو قابل جمع نیست، زیرا اگر اجازه شرط است دیگر محال است که کاشف از وجود اثر و مشروط قبل از خودش باشد زیرا شرط از اجزاء علت تامه است و علت تامه به تمام اجزائش بر معلول تقدّم دارد و محال است که معلول پیش از علت خود باشد، پس قول به کشف با اعتراف به شرطیت اجازه سازگار نیست.

قوله: و دعوی:

صاحب جواهر ره در دفاع از قول به کشف و دفع اعتراض مزبور، فرموده: شروط شرعیّه را به شروط عقلیّه قیاس نکنید: علل اعتباری و جعلی و تشریعی را به علل و اسباب تکوینی و واقعی و خارجی قیاس نکنید، این در اسباب و شروط عقلی و تکوینی است که سبب پیش از مسبّب است، شرط مقدم بر مشروط است و تا شرطی نباشد مشروطی هم نیست، تا تماسی نباشد احراق هم نیست، چون شرط از اجزاء علت تامه است و علت تامه به تمام اجزائش مقدم بر معلول است (به تقدّم رتبی و تعاصر زمانی) ولی بحث ما در شروط شرعیّه است که ماهیتی جعلی و اعتباری دارند، و امور اعتباری تابع اعتبار معتبر

است و زمام امرش به دست اعتبار کننده است و هیچ مانعی ندارد که شارع مقدّس چنین اعتبار کند که گاهی فلان عمل در وقت خودش مصلحت دار است به شرط اینکه بدنبالش و در زمان آینده فلان خصوصیت اتفاق بیفتد، و مصلحت دار بودن را بر امر متأخر متوقف کند. از نظر شرعی ای چه بسا اموری که شبیه سبب و مسبب هم هستند (که در تکوینیات قطعاً تقدم مسبب بر سبب محال است. ولی) در شرعیات مواردی مشاهده می شود که ظاهراً مسبب بر سبب مقدم شده است به عنوان مثال: روز جمعه سبب استحباب و مشروعیت غسل جمعه است ولی در مواردی می توانیم آن را روز پنجشنبه انجام دهیم، پس مشروعیت و استحباب که مسبب است قبل است، و فرا رسیدن یوم الجمعة که سبب باشد، بعد است. و محذوری هم ندارد. مثال دیگر: وجوب زکات فطره و صحت و اجزاء آن مسبب از دخول هلال شوال است ولی پیش از آن هم می توان پرداخت کرد و مجزی هم هست، پس سبب که هلال شوال باشد متأخر است و مسبب که اعطاء فطره و مقبولیت آن باشد متقدم است. حال اگر در شبه سبب و مسبب مطلب از این قرار بود، در شرط و مشروط به طریق اولی مشروط می تواند بر شرط مقدم شود و هیچ محذوری هم ندارد، و به عنوان نمونه دو مثال از شرط و مشروط می آوریم:

۱- زن مستحاضه با شرائطی باید برای نماز صبح غسل کند، وجوب غسل مشروط به طلوع فجر است، ولی زنی که مستحاضه است و می خواهد روزه هم بگیرد، حتماً باید پیش از نماز صبح غسل کند ملاحظه می کنید که مشروط که غسل باشد پیش از اذان است و شرط که طلوع فجر باشد متأخر است.

۲- بنابر فتوای جمعی زنی که مستحاضه کثیره است و باید برای نماز مغرب و عشا هم غسلی انجام دهد، اگر ماه رمضان بود و آنروز را روزه گرفت باید شب که فرا رسید غسل استحاضه را انجام دهد وگرنه روزه اش باطل است. حال صحت صوم که مشروط است متقدم و در طول روز است ولی غسل شب که شرط است متأخر می باشد. پس در شرعیات تقدم مشروط بر شرط، مسبب بر سبب بلامانع است (حال ما نحن فیه هم از این قبیل است که شرط که اجازه باشد بعداً می آید ولی مشروط که تأثیر عقد و ملک آور بودن آن است، قبلاً و از زمان عقد آمده است).

قوله: مدفوعة:

مرحوم شيخ از ادّعاى صاحب جواهر جواب مى دهند: تقدّم مسبّب بر سبب يا مشروط بر شرط (به معنى حقيقى كلمه) عقلاً محال است، و قواعد عقلى تخصيص بر دار نيست و اگر چيزى عقلاً محال بود همه جا محال است، و فرقى بين موارد شرعى و غير شرعى ندارد، چنين نيست كه تناقض عقلى محال باشد ولى تناقض شرعى محال نباشد، هر دو و هميشه محال هستند. و اينكه شما مثالهاى متنوعى (٤ مثال) آورديد، صرف تكثير امثله كه مشكل را حلّ نمى كند، اگر هزار مثال هم بياوريد، محال محال است و ممكن نمى شود. بنا بر اين اگر قبول داريد كه رضايت بعدى شرط است، بناچار بايد پذيريد كه: تقدم مشروط بر آن از محالات است و به هيچ وجه ممكن نمى شود.

قوله: فجميع:

گويا كسى مى پرسد: اگر تقدّم مشروط و شبه مسبّب بر شرط و سبب از محالات است، پس آن مثالهاى مذكور و امثال آن را چه جواب مى دهيد؟ مى فرمايد: قانون اين است كه: وقتى عقلاً امرى محال شد، هر آنچه از ظواهر شرعيّه منافى با اين حكم عقل قطعى باشد به گونه اى بايد حلّ و توجيه شود كه با قانون عقلى منافى نباشد و متأخر بما هو متأخر، شرط يا سبب نباشد. و توجيه اين است كه بگوئيم: در تمام اين موارد يك عنوان انتزاعى شرطيت و سببيت دارد كه آن عنوان مقارن و همزمان با سبب است نه متأخر از آن مثلاً در مثال اوّل مى گوييم: سبب استحباب غسل وجود خارجى يوم الجمعة نيست تا متأخر شود بلكه سبب عبارتست از: يوم الخميس المتعقّب ليوم الجمعة سبب الغسل يعنى روز پنجشنبه اى كه روز جمعه بدنبال آن است سبب استحباب غسل است و عنوان المتعقّب يا الملحق بيوم الجمعة همزمان با يوم الخميس و وصف مقارن است و مسبّب كه استحباب غسل باشد بدنبال آن است نه پيش از آن.

يا در مثال دوّم مى گوييم: اعطاء زكات فطره اى كه المتعقّب لهلال شوال سبب للصحة يعنى بدنبال دارد هلال شوال را باز عنوان تعقّب و وصف، مقارن است.

يا در مثال سوّم مى گوييم: غسلى كه به دنبال دارد طلوع فجر را، الغسل المتعقّب لطلوع الفجر شرط لوجوبه، و در مثال چهارم مى گوييم: الصوم المتعقّب بالغسل اللّيلى صحيح، پس تمام مثالهاى مزبور به نحوى توجيه شد.

قوله: لکن ذلک:

گویا کسی به مرحوم شیخ اعتراض می‌کند که:

چرا همین التزام و توجیه را در ما نحن و در رابطه با اجازه انجام نمی‌دهید؟ چه مانعی دارد بگوئیم: العقد المتعقب بالاجازه سبب للنقل و الانتقال، یا العقد الملحق بالرضا... و عنوان انتزاعی لحوق یا تعقب را مطرح کنیم که مقارن با عقد می‌باشند؟ شیخ اعظم ره می‌فرماید: در ما نحن فیه جای آن التزام و توجیه نیست، زیرا بر خلاف ادله است، ادله عقلی و نقلی، خود طیب نفس و رضای مالک را شرط کرده نه وصف عنوانی و انتزاعی تعقب و مانند آن را و خود رضایت یا وجود خارجی آن متأخر است نه مقدم یا مقارن، آنگاه اگر راه دیگری نداشتیم، این را هم توجیه می‌کردیم، ولی راه منحصر به قول به کشف نیست، راه دیگری هم داریم که قول به نقل باشد، یعنی اجازه بعدی را ناقل می‌گیریم تا هیچ مخدور عقلی (از قبیل تقدم مشروط بر شرط) پیش نیاید.

قوله: اللهم الآ:

مقدمه: معنای حقیقی شرط آن است که: تأثیر مقتضی بر آن متوقف باشد و تا شرط نیامده تأثیری هم نباشد، و اگر در غیر آن استعمال شود مجازی خواهد بود. با این مقدمه می‌فرماید: آری اگر کسی منظورش از شرط معنای دیگری باشد و اینکه می‌گوید: اجازه شرط است، یعنی تأثیر گذاردن عقد در ملکیت در زمان خود عقد و قبل از اجازه متوقف بر لحوق اجازه است، که یک توقف تشریفاتی و صوری است. البته اگر این باشد قابل توجیه است. و لکن به دو بیان این مطلب رد می‌شود:

۱- اطلاق شرط بر چنین امری صحیح نیست زیرا این اجازه شرط تأثیر نیست،

و تأثیر عقد بر آن وابسته نیست

۲- در جای دیگر هم شرط به معنای مزبور باشد، در ما نحن فیه و باب رضا و اجازه شرط به آن معنی نیست زیرا به حکم عقل و نقل خود طیب نفس و رضایت باطنی به وجود خارجی و حقیقی اش شرط انتقال مال مالک به دیگری است، و باید در حین تصرف طیب نفس باشد، نه لحوق و تعقب و مانند آن، و دلیلی بر مخالفت با این ظواهر نداریم چون راه قول به نقل باز است.

قوله: ومما ذكرنا:

صاحب فصول و غير واحدی از معاصرین در ما نحن فيه مشکل اجازه را «که چگونہ ممکن است ہم اجازه شرط باشد که تا نیامده ملکیتی نیست و ہم کاشف باشد که از اول اثر و نقل و انتقال بوده؟» به این نحو حل کرده اند که: در واقع خود اجازه شرطیت ندارد، بلکه وصف انتزاعی تعقب و لحوق شرط است «العقد المتعقب او الملحق بالاجازه سبب» است که آنهم شرط مقارن است نه متأخر پس محذوری ندارد^۱ مرحوم شیخ می فرماید: از مطالبی که در لکن ذلک... تا اللهم گفتیم: جواب این فرمایش داده می شود که: در لسان دلیل عقلی و نقلی خود طیب نفس و رضای مالک شرط واقع شده نه عنوان تعقب و غیره...

قوله: وقد التزم:

برخی از توجیه گران مزبور که وصف تعقب را مطرح کردند، گفته اند: این مطلب ثمره فقهی هم دارد و آن اینکه: اگر طرف اصیل در معامله از اول یقین دارد که مالک بعداً اجازه خواهد کرد و این عقد متعقب به رضا است، پس از حالا علت تامه ملک برای او محرز و مسلم است پس حق تصرف در آن مبیع هم دارد، ولی اگر خود اجازه شرط باشد، هنوز نیامده و مجوزی برای تصرف مشتری اصیل در مبیع فضولی وجود ندارد. مرحوم شیخ می فرماید: اصل توجیه و التزام شما به تعقب و مانند آن باطل و بر خلاف ادله است، این فرع فقهی هم که به عنوان یکی از فروعات آن مطلب آوردید، باطل است زیرا از لحاظ ادله علت جواز تصرف طیب نفس مالک است که هم اکنون و در هنگام تصرف باید باشد، و اینکه من می دانم که در آینده مالک راضی خواهد بود، دلیل بر اباحه تصرف فعلی و الان نمی شود. (پیش از بیان سوّم وجه اول به ردّ وجه ثانی پرداخته اند.)

قوله: و یرد علی الوجه الثانی:

مرحوم شیخ از وجه دوّم از وجوه قائلین به کشف سه جواب داده اند: جواب اول: قبول کردیم که اجازه به خود عقد تعلق می گیرد، و حقیقت اجازه هم امضاء همان مضمون عقد

است. ولی اینکه گفتید: مضمون عقد نقل و تملیک از هنگام انشاء است و بعث یعنی ملکیت و انشاءات النقل و التملیک من حین الانشاء، که مفاد عقد مقید باشد و من حین الانشاء قیدش باشد و مقید بما هو مقید انشاء شود، ما این مطلب را قبول نداریم ما می‌گوییم: مضمون عقد اصل انشاء نقل و تملیک است، نه انشاء تملیک در همین زمان البته زمان از ضروریات و لوازم لایتنک انشاء است و انشاء قطعاً در زمانی واقع می‌شود ولی آن زمان ظرف انشاء است نه قید انشاء و وقتی مضمون عقد اصل انشاء تملیک شد می‌گوییم: اگر این انشاء و عقد از دو مالک اصلی یا مأذون صادر شود چون هیچ حالت منتظره‌ای ندارد، و مورد امضای شارع هم هست، عقل حکم می‌کند که از همان آغاز و هنگام انشاء چون سبب نقل و انتقال تام است از همان زمان نقل و انتقال هم می‌آید، ولی این به حکم عقل است و محاسبه تمامیت سبب نه اینکه معنای بعث این باشد. ولی اگر از فضولی صادر شود، از آنجا که منوط به اجازه است و تا اجازه نباشد شارع هم امضا نمی‌کند، عقل می‌گوید: این انشاء تملیک از آغاز، کامل و تام و تمام نیست، آری پس از اجازه، سبب کامل می‌گردد و همان وقت هم تأثیر و ملکیت می‌آید نه قبل از آن، و این با نقل هماهنگ است نه با کشف.

و در حقیقت اجازه مالک قائم مقام عقد او است، آنجا که عقد او بود شارع همان عقد را امضا می‌کرد و چون سبب تام بود همان وقت مسبب هم می‌آمد، و آنجا که عقد از فضولی واقع شده و مالک اجازه می‌کند، شارع هم این اجازه را امضاء می‌کند، و از حالا سبب تام می‌شود پس از حالا هم ملکیت می‌آید.

قوله: ولاجل ما ذکرنا:

در اینجا سه شاهد می‌آورد مبنی بر اینکه مضمون عقد، اصل انشاء تملیک و نقل و انتقال است نه انشاء تملیک از زمان خود انشاء که مقید به این قید باشد:

شاهد اول: در مواردی که ایجاب و قبول از دو مالک و اصیل صورت می‌گیرد، اگر مقتضا و مفاد عقد نقل و انتقال و ترتب اثر از حین انشاء باشد، لازمه‌اش آن است که اثر مذکور از زمان انشاء ایجاب مترتب شود، زیرا طبق نظر شما ایجاب مالک مثل بعث به معنای تملیک و نقل از همین آن ایجاب است، و قبول قابل هم که چیزی جز رضا به همان مفاد انشاء نیست و شارع هم که مقتضای عقد را امضاء می‌کند، و مقتضای عقد نقل از

زمان ایجاب است پس باید در موارد انشاء مالکین اثر که ملکیت و زوجیت و... است از زمان ایجاب (پیش از آمدن قبول) محقق و مترتب شود، در حالی که احدی بدان ملتزم نیست، و همگی متفقاً می‌گویند: وقوع اثر پس از عقد و ایجاب و قبول است نه از لحظه ایجاب.

نتیجه می‌گیریم که: مضمون عقد یا ایجاب و قبول، نقل از حین انشاء نیست بلکه نفس و اصل نقل و تملیک است.

قوله: و دعوی:

اگر کسی بگوید: قیاس ما نحن فيه (بیع فضولی و اجازه مالک) به مورد انشاء مالکین و ایجاب و قبول دو اصل، مع الفارق است، و آن اینکه در مورد دو اصل آنکه تمام السبب است کلّ عقد (ایجاب و قبول با هم) است نه ایجاب تنها، و تا سبب تام نشود مسبب محقق نمی‌شود و تقدّم مسبب بر سبب محال است، از این رو ملکیت از زمان ایجاب نمی‌آید ولی در ما نحن فيه فرض این است که عقد که تمام سبب باشد محقق شده و علی القاعده مانعی ندارد که بدنبال آن ملکیت هم بیاید، و عقد مفادش نقل از زمان عقد باشد و اجازه هم به همان بخورد و نتیجه‌اش قول به کشف باشد نه قول به نقل.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ ادعای مزبور رادفع کرده و می‌فرمایند: منظورتان از سببیت عقد برای ملک چیست؟ معنای سببیت عقد جز این نیست که شارع آن را سبب قرار داده البته به جعل امضائی نه تأسیسی، آنگاه معنای خود عقد چیست؟ عقد ایجاب دارد و قبول ورکن اصلی ایجاب است، که اگر به معنای انشای نقل از حین خود ایجاب باشد، قبول هم به همان می‌خورد، و شارع هم همین را سبب قرار داده، پس شارع باید حکم به وقوع اثر و ملک از زمان ایجاب کرده باشد که قطعاً چنین نیست.

قوله: و لاجل ما ذکرنا ایضاً:

شاهد دوم: بدنبال عقدی که واقع می‌شود اموری قابل تحقق است که فعلاً با سه امر کار داریم: ۱- اجازه ۲- ردّ ۳- فسخ، اجازه و ردّ معمولاً در موردی است فضولی بر مال مردم معامله‌ای کرده و مالک اصلی یا ردّ می‌کند و یا اجازه، و فسخ در موردی است که مالک اصلی معامله‌ای کرده و بعد در اثر حق‌الخیار یا اقاله (که عندنا عقد جدید نیست و تفاسخ

طرفین است) فسخ می‌کند. حال هر سه امر به خود عقد تعلق می‌گیرند و می‌گوییم: فلانی عقد و معامله را اجازه کرد، یا ردّ کرد یا فسخ کرد و اگر عقد به معنای نقل و انتقال از زمان انشاء باشد پس معنای اجازه کردن عقد، رضایت دادن به وقوع مضمون عقد است از حین عقد، و معنای ردّ کردن عقد هم به معنای عدم رضایت به نقل از حین انشاء است. و فسخ عقد هم به معنای ابطال و به هم زدن عقد از حین خود عقد است. در حالی که احدی نگفته که فسخ به هم زدن عقد از اوّل است بلکه همه می‌گویند: فسخ ابطال عقد از همین زمان فسخ است (ثمره در نمائات ظاهر می‌شود که اگر فسخ ابطال عقد از اوّل باشد پس منافعی را که مشتری استیفا کرده ضامن است، و اگر ابطال عقد از حالا به بعد باشد، نسبت به منافع مستوفات و غیر مستوفات ضمانی نیست.) پس عقد به معنای نقل از حین خود عقد یا انشاء نیست بلکه اصل نقل و تملیک است، و هریک از اجازه و ردّ و فسخ هم به اصل نقل تعلق می‌گیرد، آنگاه تا اجازه نباید موجبی برای امضاء نیست و تا فسخی و ردّی نباید موجبی برای ابطال نیست پس ملکیت و یا فسخ آن بعد از اجازه یا فسخ می‌آید نه قبل از آن، و این با نقل می‌سازد و نه با کشف.

قوله: والحاصل:

(ابتدا انسان خیال می‌کند این فراز، حاصل و خلاصه مطلب گذشته است، در حالی که این خود شاهد مثال سوّمی است، و لذا به قول مرحوم شهیدی خوب بود به جای و الحاصل بفرماید: و لاجل ما ذکرنا ایضاً...) این شاهد از یک صغری و یک کبری تشکیل است: امّا صغری: مالک می‌تواند با الفاظ مختلفی رضایت و امضای خویش را اعلام کند، مثلاً بگوید: اجزّث العقد، امضیتُ البیع و... که تمام اینها مستقیماً نظر به عقد و انشاء فضولی دارند، و یکی از الفاضی که قطعاً امضاء و اجازه معامله با آن واقع می‌شود لفظ رضیت است که مالک می‌تواند بگوید: رضیت بالعقد، بالبیع و... که مثل الفاظ قبل مستقیماً نظر به عقد فضولی دارد، و می‌تواند بگوید: «رضیتُ بکون مالی لزید و ماله لی» یعنی راضی شد که مال من برای زید و مال زید برای من باشد، یا بگوید به انتقال مال من به دیگران رضایت دادم، و... که تمام نظر به نتیجه و اثر عقد است و اصلاً کاری به عقد فضولی ندارد و متعرّض آن نیست تا چه رسد به اینکه نظر به زمان آن عقد داشته باشد. (سپس دو نمونه می‌آورند:

الف: شخصى فضولياً زنى را به عقد مردى درآورد، پس از آنكه خانم مطلع شد، صريحاً و به زبان اظهار رضایت نکرد ولى عملاً در برابر زوج تمكين كرد، فقهاء فرموده اند: همين تمكين عملى رضایت و اجازة عقد محسوب مى شود، با اين كه اصلاً قولى نيست تا متعرض انشاء فضولى بشود يا نه.

ب: عبدى بدون اذن مولى زنى را به عقد خویش درآورد: مولى پس از اطلاع از جريان، سكوت كرد همين سكوت مولى رضای او است، با اينكه اصلاً به زبان نياورده و اظهار نكرده و قولى نيست تا نظر به عقد فضولى و زمان عقد داشته باشد يا نه؟ و عقد را از همان زمان انشاء امضا بکند يا نه.)

و اما كبرى: از مسلمات است كه واژه رضيت و لفظ رضا مستقيماً به خود نتيجة عقد (ملكيت، زوجيت و...) تعلق مى گيرد بدون اينكه عقد و زمان عقد و انشاء فضولى مد نظر باشد.

پس هيچ دليلى بر اينكه مضمون عقد، نقل از زمان انشاء باشد وجود ندارد، بلكه شواهد مذكور خلاف آن را ثابت كرد.

قوله: و بتقرير آخر:

در اينكه اين فراز و فراز بعدى كه با لفظ «و بعبارة اخرى» خواهد آمد، به كجاي مطلب بر مى گردد، ميان محشين اختلاف شده: مرحوم شهيدى كوشش كرده اين دو بيان را به قبل از سه شاهد مذكور و به اصل جواب از وجه دوم برگرداند و اينها را سه بيان حساب كند كه هر کدام به بياني همان جواب را تداعى مى كند و لذا متوسل شده به اينكه اينها از قبيل ذكر لازم و ارادة ملزوم است يا بالعكس...^۱ و مرحوم ايروانى فرموده: اين دو تقرير و عبارت به وجه ثانى از وجوه قائلين به كشف هيچ ربطى ندارد، بلكه مربوط به وجه اول از وجوه اين قول است كه استدلال به آيه اوفو بالعقود بود كه به دو بيان به آيه استدلال كردند، و جواب را مرحوم شيخ از هر دو بيان به سه عبارت تقرير كرده: يكي همان بياني كه گذشت كه: خود شما اعتراف مى كنيد كه اجازة شرط است آنگاه چگونه معقول است كه مشروط پيش از شرط بيايد...؟! و دو بيان اين دو فراز است كه الان مطرح است^۲ به

نظر می‌رسد حقّ با مرحوم ایروانی است و ظاهر عبارات مرحوم شیخ نیز همین برداشت را تأیید می‌کند، حال فراز اوّل از این دو فراز:

اگر از اوّل خود مالک اصلی انشاء عقد می‌کرد دو چیز وجود داشت: یکی اصل انشاء (ایجاب یا قبول) که جزء سبب است. و دیگری طیب نفس مالک که شرط صحّت است. حال فرض این است که: فضولی انشاء کرده و مالک بعداً اجازه می‌کند، آنگاه این اجازه یا قائم مقام رضایت و طیب نفس مقارن است که نقش شرطی داشت و یا قائم مقام خود انشاء است که جزء بود، و در هر حال اجازه چه شرط باشد و چه جزء باشد مؤثر است و بدون آن محال است که اثر و ملکیت قبلاً آمده باشد تا کاشف باشد.

و اما فراز دوّم: قوله: و بعبارة اخرى: درست است که آیه فرموده: به عقدتان وفا کنید، ولی ادّله طیب نفس می‌گوید: عقدی که در آن رضایت مالک باشد ارزش و اثر دارد و نتیجه جمع میان این دو دسته دلیل آن است که: عقدی که مرضی مالک است مؤثر و موجب ملک است، و قانون کلیّ آن است که: هر جا اثر و حکمی بر مقید از جهت که مقید است بار شود، محال است که ذات مقید بدون قیدش بتواند دارای آن اثر و حکم باشد، پس مقید بما هو مقید موجب ملکیت است و تا رضایت مالک محقق نشود عنوان مذکور محقق نمی‌شود، و اثر هم نمی‌کند، پس ملکیت پس از اجازه و رضا می‌آید و این با نقل می‌سازد نه با کشف.

قوله: و ثانیاً:

طبق دو تلقی متفاوتی که از دو فراز قبلی داشتیم، در این عبارت نیز اختلاف شده مرحوم شهیدی این را نیز توجیه کرده و از باب ذکر لازم و اراده و ملزوم دانسته، و دیگران این عبارت را نپسندیده و گفته‌اند: خوب بود چنین می‌فرمود: و ثانیاً لو سلّمنا أنّ مضمون العقد الذی کانت اجازتها رضا به هو النقل من حینه لکن نقول...^۱ به هر حال منظور مرحوم شیخ این است: بر فرض از جواب اوّل صرف نظر کرده و بپذیریم که مضمون عقد، نقل از زمان انشاء است و قید «من حین النقل» بودن در معنای عقد دخیل است، و معنای اجازه هم امضاء همان مضمون است و مؤثر قراردادن همان عقد سابق از هنگام خود عقد است (ثمره جواب اوّل و دوّم: اگر قید من حین النقل در معنای عقد دخیل نباشد بالفظ

رضیت و مانند آن هم قابل ابراز است چنانچه در شاهد سوّم گذشت ولی اگر دخیل باشد، مجرد ابراز رضایت از سوى مالک نسبت به نتیجه عقد یعنی ملکیت کافی نیست، بلکه باید نظر به عقد سابق داشته باشد و معنای اجازه عقد یعنی همان عقد سابق را مؤثر و نافذ قرار دادن) لکن اشکال دیگری داریم و آن اینکه: بر فرض در اعتبار مالک اجازه به این نحو باشد یعنی امضای عقد از حین انشاء باشد و لکن از نظر ما متشرّعه، تنها اعتبار مالک کافی نیست، بلکه باید شارع هم پای آن را امضاء کند و متأسفانه هیچ دلیلی بر امضای شارع چنین اجازه‌ای را نداریم. زیرا دلیل امضاء آیه اوفوا بالعقود^۱ است، و مفاد آیه این است ای کسانی که عاقد هستید و با دیگران عقدی می‌خوانید، باید به عقد خود وفا کنید نه اینکه مراد این باشد که هر کس در هر کجای عالم عقدی خواند بر دیگران وفای به آن واجب باشد. نظائر این تعبیر فراوان است، مثلاً وقتی می‌گوید: اوفوا بالنذور، یعنی ای ناذرها باید به نذرتان وفا کنید، ای کسانی که متعهد شده و با خدا عهد بسته‌اید به عهدتان وفادار باشید، و... اینجا هم ای عاقدها به عقد خود وفا کنید، و پر واضح است که تا مالک اصلی اجازه نکرده، نه عاقد حقیقی و نه به منزله آن است، پس موضوع منتفی است و حکم وجوب وفا هم منتفی است و تا وجوب وفائی نباشد ملکیتی هم که از این راه اثبات می‌شود نخواهد بود، زیرا ملک شرعی تابع حکم شرعی به وجوب وفا است و وقتی حکمی نبود ملکی هم نیست. باز نتیجه با نقل موافق است نه با کشف.

قوله: و ممّا ذکرنا:

بیان سوّم وجه اوّل قول به کشف یعنی استدلال به آیه: آیه شریفه فرموده: به عقودتان وفا کنید، و عقد به معنای نقل و انتقال از هنگام انشاء است، پس باید به نقل کذائی پایبند باشید و بدان ترتیب اثر دهید و این جز با کشف با چیزی نمی‌سازد. مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالب گفته شده جواب این بیان هم داده می‌شود که: اوّلًا مضمون عقد اصل نقل است نه نقل من حین الانشاء، و ثانیاً بر فرض قبول دلیلی بر امضای شارع عقد را به نحو مذکور نداریم.

قوله: وقس علی ذلک:

این فرار را می‌توان وجه چهارمی برای قول به کشف قلمداد کرد به این که: قائل به کشف به اطلاق آیه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**^۱ استناد کند، سبک استدلال همان است که در رابطه با آیه وفای به عقد آوردیم که به سه بیان از آن آیه استفاده کردند، و ما هر سه بیان را جواب دادیم، اینجا هم همان سه بیان و همان جواب جاری و ساری است (با این تفاوت که: در آیه وفای به عقد به عموم آیه استدلال می‌شد، زیرا العقود جمع با الف و لام بود، و اینجا به اطلاق آیه استدلال می‌شود، زیرا «البیع» مفرد معرّف به لام است. و نیز آنجا روی عنوان عقد تکیه شده بود و اینجا روی عنوان بیع که مصداقی از مصادیق عقد می‌باشد، تکیه شده است.) مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر کسی دلیل ملکیت از اوّل امر و از زمان عقد را اطلاق آیه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** قرار دهد، ما در جواب می‌گوییم:

مفاد مطابقی آیه یک حکم تکلیفی است و خدا بیع را حلال کرده یعنی خداوند برای مشتری تصرّف در مبیع را جایز و حلال کرده (احتمال دیگر اینکه: آیه **مِیْنَحْکُم** وضعی باشد، یعنی خدای بیع را امضاء کرده و آن را سبب و مؤثر و موجب ملک قرار داده است.) و ملکیت هم ملزوم حلیّت تصرف است و ایندو و لازم و ملزوم هستند و از راه لازم وجود ملزوم را کشف می‌کنیم (و شاید منظور این باشد که ملکیت از حلیّت تصرف انتزاع می‌شود، زیرا بر مسلک شیخ در اصول: احکام وضعیه از احکام تکلیفیه انتزاع می‌شوند) و در هر حال در باب بیع، حلیّت تصرف از ملکیت جدا نیست: و حلیّت تصرف به حکم ادّله اعتبار طیب نفس، منوط به اجازه مالک است که کاشف از طیب نفس است و پیش از اجازه مالک تصرف حلال نیست (آنهم مطلقاً یعنی چه طرف اصیل در هنگام بیع بداند که مالک اصلی بعداً راضی خواهد شد و چه بداند که بعداً راضی نخواهد شد و ردّ خواهد کرد و چه نداند و مردّد باشد که بعداً اجازه خواهد کرد یا ردّ می‌کند، در هر سه صورت تا اجازه نیاید و طیب نفس فعلی محرز نشود مجوّزی برای تصرف در مال دیگران نیست. و مخصوصاً در دو صورت اخیر که جزماً مجوّزی نیست، و البته عندنا صورت اوّل هم چنین است، ولی برخی از فقهاء می‌گویند: علم به رضایت بعدی کافی است برای جواز تصرف از هم اکنون.) پس تا اجازه و طیب نفس نیاید تصرف

در مبيع حلال نیست، و تا حلیّت تصرّف نیاید ملکیتی نیست (یا چون لازم ملزوم هستند و یکی بدون دیگری نشاید، و یا چون انتزاعی است بدون منشأ انتزاع نشاید). پس حلیّت تصرّف و ملکیت پس از اجازه محقق می‌شوند، و این با نقل می‌سازد نه با کشف.

قوله: و ثالثاً:

جواب سوّم از وجه دوّم از وجه قول به کشف:

از جواب اوّل صرفنظر کرده و می‌پذیریم که: مضمون عقد از حیث لغت و عرف عام، نقل و انتقال از حین عقد و از لحظه انشاء است نه اصل نقل و تملیک و اجازه هم به همان مضمون تعلّق دارد. و از جواب دوّم هم غمض عین کرده و می‌پذیریم که: شارع مقدّس هم همین مضمون عرفی را امضاء کرده و اوفو بالعقود یعنی واجب است به همان چیزی که مقتضای عقدتان است وفا کنید، و لکن جواب سوّمی می‌دهیم و آن اینکه:

اولاً صرف اینکه مفهوم اجازه این است که همان نقل از زمان انشاء را اجازه کردم و مقتضای اجازه آن است که عقد فضولی از اوّل انشاء نافذ و ماضی و مؤثر در ملک است، موجب نمی‌شود که از نظر ادّله هم مفاد و مقتضای عقد لزوم ترتیب اثر از حین عقد باشد. (همان طوری که مفاد قبول، امضاء همان ایجاب بود ولی بدان معنی نبود که در نتیجه ملکیت هم از لحظه ایجاب محقق شود. و قبلاً در شاهد مثال اوّل گفته آمد.)

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: فعلاً در جواب سوّم بر فرض تنزل از جوابهای قبلی و تسلیم در برابر خصم، گفتگو می‌کنیم: و جواب مذکور که به عنوان «اولاً» ذکر شد، رجعت به همان جواب قبلی (جواب دوّم) است که آنجا گفتیم: لکن نقول لم یدلّ دلیل... و اینجا می‌گوییم: لکن لا یوجب... پس اولاً در اینجا جا ندارد. و شاید اشاره باشد به فرق ما نحن فیه با مورد ایجاب و قبول دو مالک، که در آنجا خود قبول جزء عقد است ولی در ما نحن فیه اجازه جزء عقد نیست.

ثانیاً: قوله: انّ هذا:

اصل جواب سوّم همین است: اینکه شما می‌گوئید: مفهوم عرفی و لغوی اجازه عبارتست از جعل العقد السابق جایزاً ما ضیاً نافذاً... ما می‌گوییم: این مطلب به معنای حقیقی کلمه (که واقعاً اجازه جاعل باشد و مضی و تأثیر در زمان سابق را به عقد بدهد و

آن را از یکماه قبل مؤثر بسازد) معقول و متصور نیست، زیرا عقدی که یکماه قبل موجود شد و وصفش این بود که اثر ندارد، محال است که مجدداً همان عقد در همان یکماه گذشته دارای اثر شود، مرده زنده شود، بی خاصیت با خاصیت شود، و سر امتناع آن است که: «الشیئی لا ینقلب عما وقع علیه» هر چیزی در زمان گذشته هر گونه واقع شد همانگونه است و انقلابش محال است، مگر عقربه زمان به عقب برگردد و به یکماه قبل برگردیم و عین آن زمان اعاده شود تا بتوانیم عقد را تغییر دهیم، ولی هیاهات!! گذشته‌ها گذشته و برگشتی نیست (نکته: اینکه مرحوم شیخ می‌فرماید: العقد الموجود علی صفة عدم التأثير، اول کلام و متنازع فیه است زیرا شاید منظور قول به کشف این است که: عقد از اول که موجود شد در واقع بر صفت تأثیر بود و اجازه بعدی صرفاً کاشف است، و شاید هم مراد این باشد که: عقد از اول بی اثر بود و اجازه که آمد به عقد سابق از همان زمان سابق تأثیر داد، که این را مرحوم شیخ متعرض شده و محال و نامعقول دانسته.)

حال که چنین چیزی نامعقول است، و شارع مقدس امر نامعقول را امضاء نمی‌کند، اگر چنانچه ظواهر ادله شرعیه (افو بالعقود) ظهور در امضای چنین اجازه‌ای داشت، به حکم دلالت اقتضا که (دلالت لفظ است بر اینکه در کلام چیزی در تقدیر است و صحت یا صدق کلام بر آن وابسته است و گرنه کلام لغو یا کذب خواهد بود.) و صوتاً لکلام الحکیم از لغویت باید توجیه کرده و بگوییم: منظور دیگری دارد و منظورش این است که با چنین عقدی پس از اجازه مالک آن معامله را داشته باش که با عقد مالک اصلی داشتی، اگر از اول عقد از مالک صادر می‌شد و مؤثر بود حکم به ملکیت کرده و تمام آثار ملک را بار می‌کردیم، حال که از فضولی بود و بعداً اجازه آمد حکم به ملکیت نمی‌کنیم و نمی‌گوییم: تحقیقاً مؤثر و ملکیت آور است ولی گویا ملک آمده یعنی حتی الامکان آثار ملک را مترتب کرده و می‌گوییم: نمائات این مبیع به مشتری تعلق دارد، و این را نقل حقیقی (چون ملک واقعاً بعد از اجازه می‌آید) و کشف حکمی (چون احکام کشف را از اول مترتب می‌کنیم) گویند، و البته ثمره کشف حقیقی و کشف حکمی خواهد آمد و در میان فقهاء فقط استاد ما مرحوم شریف العلماء مازندرانی در برخی تحقیقاتش این مطلب را فرموده، و گرنه مشهور طرفدار کشف حقیقی هستند و منظورشان از کشف این است که نقل و انتقال و ملکیت حقیقاً از اول عقد می‌آید. و لذا علامه به جای اصطلاح

كشف و نقل، لفظ انتقال را آورده و فرموده: قائلین به صحت بیع فضولی در زمان انتقال اختلاف دارند که از حین عقد است (کشف) یا از حین اجازه است (نقل) و دیدیم که کشف حقیقی باطل است.

قوله: وقد تحصل:

از مجموع مطالبی که تا به حال در رابطه با اجازه مالک مطرح شد، سه نوع کشف مستفاد است:

۱- کشف حقیقی (اجازه کاشف باشد از اینکه حقیقتاً و واقعاً ملکیت از اوّل عقد می آید) که مشهور قائل بودند آنهم با این ویژگی که اجازه را شرط متأخر دانسته آنهم خود وجود خارجی اجازه را شرط می دانستند. و لذا مرحوم آقا جمال در حاشیه شرح لمعه به مشهور اعتراض کرده که: شرط محال است متأخر شود^۱ (این همان است که ما قبلاً توضیح دادیم که شرط از اجزاء علّت تامّه است...)

۲- کشف حقیقی (به معنای مذکور) آنهم با این ویژگی که خود اجازه شرط آن نباشد، بلکه وصف انتزاعی تعقّب و لحوق شرط باشد که شرط مقارن است و مانعی ندارد. (غیر واحدی از معاصرین شیخ این وجه را برگزیدند) و از ثمرات این وجه آن بود که: اگر مشتری از اوّل یقین دارد که مالک اصلی بعداً اجازه خواهد کرد، از هم اکنون بر عقد مذکور عنوان «العقد المتعقب بالاجازه» صدق می کند و تمام السبب همین است پس از حالا می تواند در مبیع تصرّف کند، (بر خلاف وجه اوّل که خود اجازه شرط باشد که تا نیامده و لو یقین به آمدنش باشد، مجوّز تصرّف نیست.)

۳- کشف حکمی: حقیقتاً ملکى نیست ولی حدّالامکان آثار و احکام ملک را بر آن مرتب می کنیم، حکم کاشفیت در اینجا هست نه خود آن، و منظور از آثار نمائات است که ولو در ملک مالک اصلی پیدا شده ولی گویا در ملک مشتری تحقّق یافته و باید به مشتری داده شود، یا وی حقّ استفاده از این نمائات را دارد.

قوله: وقد تبین:

از مجموعه مطالبی که تا به حال در رابطه با وجه و ادلّه قائلین به کشف، عنوان شد به

این نتیجه می‌رسیم که: در مقام اوّل (از نظر قواعد عقلی و عمومات و اطلاقات و ادّله عامّه) قاعده ایجاب می‌کند که اجازه را ناقله بدانیم و تا نیامده نقل و ملکیتی هم نیست. و اگر نتوانیم قائل به نقل شویم قول به کشف حکمی را که رأی استاد بود انتخاب می‌کنیم، اما کشف حقیقی آنهم به وجه اوّل (خود اجازه شرط آن باشد به نحو شرط متأخر) در نهایت درجه اشکال بود و بلکه به هیچ وجه قابل قبول نبود به بیانی که مبسوطاً گذشت، و اما کشف حقیقی بر وجه ثانی هم (وصف تعقّب شرط باشد) بر خلاف ادّله بود و نپذیرفتیم.

قوله: ولذا:

این ما تنها نیستیم که کشف حقیقی را قبول نداریم، بزرگان دیگری هم در آن شبهه کرده یا ردّ کرده‌اند: علامّه در قواعد^۱ اشکال کرده، محقّق ثانی در حاشیه^۲ ارشادش^۳ جانب کشف را ترجیح نداده، فخرالدین در ایضاح خلاف آن را برگزیده، کاشف الرموز در کشف الرموز^۴ همینطور، محقّق اردبیلی در مجمع البرهان^۵ خلاف کشف را تقویت کرده، کاشف اللثام هم در کشف اللثام در باب نکاح^۶ از حضرات نامبرده پیروی کرده است. این بود محاسبه قول به کشف و نقل از نظر قواعد عقلی و ادّله عامّه.

قوله: واما الاخبار:

مقام ثانی یا مقتضای اخبار خاصّه: گرچه مقتضای قاعده و اطلاق و عموم این شد که اجازه ناقله باشد، و لکن به اخبار بیع فضولی که برمی‌گردیم، مفاد آنها با قول به کشف می‌سازد، یکی از آن اخبار صحیحّه محمدبن قیس بود که در مسأله اوّل از مسائل بیع فضولی به عنوان یکی از ادّله صحت بیع فضولی به تفصیل بیان شد، محل شاهد: صحیحّه دلالت داشت که پس از اینکه: مولای اوّل و اصلی کنیز، معامله فضولی فرزندش را بر جاریه‌اش اجازه و امضاء کرد، جاریه و ولد آن به مشتری تعلّق می‌گیرد، بدون اینکه قیمت ولد را ضامن باشد، و خلاصه اینکه: صحیحّه به سقوط قیمت ولد از عهده مشتری حکم می‌کرد. حال این سقوط قیمت باقول به کشف می‌سازد؟ یا با نقل؟

۱. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.

۲. حاشیه خطی، ص ۲۱۹.

۳. کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۴۵.

۴. مجمع الفائده و البرهان، ج ۸، ص ۱۵۹.

۵. کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۲.

قطعاً دلیل بر کشف است زیرا اگر اجازه ناقله بود لازمه اش این بود که استیلا در ملک مالک اصلی بوجود آمده باشد، و این تصرف در جاریه است و متصرف یا مشتری منافع مستوفات را ضامن است پس باید قیمت ولد را بپردازد، ولی علی الکشف این احکام از اوّل مترتب می شود، پس مشتری حق استیفاء منفعت داشته و ضامن نیست، البته از صحیحیه استفاده نمی شود که کشف حقیقی است؟ یا کشف حکمی؟ ولی اصل کشف محرز است.

و نیز اخباری که پس از صحیحۀ مزبور در همان مسأله به عنوان مؤید ذکر کردیم (مثل اخبار مضاربه و تجارت عامل مضارب... و اخبار اتّجار به مال یتیم و...) ظهور در کشف دارند، زیرا از اوّل فرموده: ضرر و زیان بر عهده تاجر است ولی ربح و سود در مضاربه میان آندو به نسبت تقسیم می شود، و در مال یتیم تمام سود به یتیم تعلق می گیرد، و این با کشف می سازد که از اوّل ربح تقسیم می شود یا به یتیم می رسد. ولی باز هم خصوص کشف حقیقی یا حکمی روشن نیست.

آری روایت دیگری داریم که از آن کشف حقیقی مستفاد است و آن صحیحۀ ابی عبیده است^۱ اجمال مطلب این است که: فضولی دختر و پسر صغیر و نابالغ و نارسیده به سنّ تکلیف را به یکدیگر تزویج کرده و برای آندو و عقد ازدواج خوانده، پس از مدّتی پسر بچه مُدرک شد یعنی به سنّ بلوغ رسید و نکاح مزبور را امضاء کرد و بعد هم مُرد و از دنیا رفت، در این مورد امام علیه السلام می فرماید: باید سهم زوجه را از ما ترک این میّت جدا کنند و کنار بگذارند، تا زمانی که وی به سنّ بلوغ برسد، آنگاه اگر به اختیار و طیب نفس نکاح فضولی را اجازه کرد، سهم الارث وی را بپردازد، البته پس از اینکه او را قسم می دهند که: آیا اگر زوج زنده بود، وی راضی به این عقد می شد و بنا داشت با آن مرد زندگی کند، یا نه فعلاً که صحنه را خالی می بیند به طمع رسیدن به سرمایه باد آورده، آن نکاح بی حاصل را اجازه می کند؟ وقتی قسم خورد که چشم داشتی به مال طرف ندارد و واقعاً تمایل به زندگی با او داشته، سهمیه او را می پردازند.

کیفیت استشهاد: در اینجا اطلاقی داریم و عمومی: اما اطلاق: امام علیه السلام در این حدیث به طور مطلق امر به عزل کرد و فرمود سهم زوجه را کنار بگذارند، و حکم عزل را

مقید به صورت رضایت ورثه نکرد، یعنی چه آنها راضی باشند یا نه باید این سهم جدا شود. و اما عموم: روایات سلطنت می‌گوید: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، و این عام است و هر کس را نسبت به مال خودش شامل است. و قاعده این است که: حتی الامکان اطلاق و عموم مزبور حفظ شود و اصاله الاطلاق و العموم همین را ایجاب می‌کند. آنگاه اگر اجازه بعد از بلوغ زوجه را ناقله بدانیم لازم‌اش آن است که امر به عزل به قول مطلق و بدون در نظر گرفتن رضایت ورثه با عموم قاعده سلطنت منافی و مخالف باشد، زیرا قانون سلطنت می‌گوید: مردم بر مال خود مسلط هستند و کسی حق ندارد بدون رضای آنها در اموالشان کمترین دخل و تصرفی داشته باشد: در حالی که عزل کردن مال ورثه بدون رضای آنان به معنای محدود کردن سلطنت آنها است پس قول به نقل مستلزم تخصیص عموم سلطنت است و با حفظ عموم آن نمی‌سازد. و نیز اگر کاشفه به نوع کشف حکمی بدانیم باز امر به عزل به نحو مطلق منافی با قاعده سلطنت است، زیرا بر این مبنا هم اصل عین ترکه به ملک ورثه باقی است و تا اجازه نیاید حقیقتاً ملک زوجه نمی‌شود، ولی معذک که ملک وارث است، چه آنها راضی باشند وجه نباشند حاکم حق عزل دارد، این هم مستلزم تخصیص عموم مزبور است و با اجراء اصاله العموم منافی است ولی اگر اجازه را کاشف به نحو کشف حقیقی بدانیم، هیچ مشکلی پیش نمی‌آید و عموم قاعده سلطنت تخصیص نمی‌خورد، زیرا بر این مبنا وقتی اجازه آمد کاشف از آن است که از لحظه موت مورث، این پسر ترکه او مال زوجه بوده و اساساً از اول ملک ورثه دیگر نشد تا با سلطنت آنها منافی باشد، و وقتی از اول ملک زوجه بوده پس باید عزل شود و به او برسد. آنگاه جمع میان اطلاق امر به عزل و عموم قانون سلطنت یعنی حفظ هر دو مستلزم قول به کشف حقیقی است.

اگر کسی بگوید: فعلاً که زوج مرد زوجه نابالغ است و اجازه هم بکند بی اثر است، زیرا او مسلوب العبارة می‌باشد و نسبت به آینده و پس از بلوغ هم الان شک داریم که آیا این دختر بچه تا آن زمان زنده است یا خواهد مُرد؟ بر فرض زنده ماندن آیا بعد از بلوغ عقد را امضاء خواهد کرد یا نه؟ و وقتی شک داریم از اصل عدم اجازه استفاده می‌کنیم و در ظاهر حکم به عدم اجازه می‌کنیم یعنی می‌گوییم: انشاء الله بعداً زوجه اجازه نخواهد کرد، و به حکم این اصل از اول نوبت به عزل و مطالب دیگر نمی‌رسد.

مرحوم شيخ مى فرمايد: اينجا جاى اصل مزبور نيست بلكه امر مالى است و حق الناس است و در چنين موردى شرعاً احتياط واجب شده و شارع مقدس جانب احتياط را بر اصل مزبور غلبه و ترجيح داده است و لذا امر به عزل و مانند آن همگى از باب احتياط و مراعات حق الناس است.

تفسير: كما اينكه در باب حمل هم مطلب از اين قرار است، بيان مطلب: شخصى از دنيا مى رود، فرزندانى يا وراثى دارد، ضمناً همسر او حامله است و فرزندى هم در رحم زوجه ميت است و بلاشك او نيز به شرط زنده متولد شدن ارث مى برد، و شرع مقدس از باب احتياط و مراعات حق جنين امر به عزل کرده و فرموده سهم حمل را از ميراث جدا كنيد، آنهم بيشترين مقدار محتمل و ممكن را بر حسب عادت منظور کرده يعنى حد اكثر احتمال عقلاى مى رود كه دو بچه در رحم باشد و دو قلو باشند و هر دو هم مذكر باشند، و لذا شارع به عزل سهميه دو فرزند ذكور، امر کرده است، تمام اينها از باب تغليب جانب احتياط بر اصل عدمى است. آنگاه اگر پس از وضع حمل دو نوزاد نبود يا هر دو پسر نبودند، محاسباتى و جمع و تفريقهاى انجام داده مى شود و سهم واقعى به آنان مى رسد.

نتيجه: مقتضى قواعد و ادله عامه قول به نقل و يا كشف حكمى بود، و مقتضى اخبار و ادله خاصه قول به كشف حقيقى است و با وجود دليل خاص نوبت به قواعد اوليه و ادله عامه نمى رسد، و بايد طبق اخبار خاصه حكم كرد، آرى اگر نزد كسى اين اخبار ناتمام بود او بايد به مقتضى قواعد مراجعه داشته باشد.

قوله: بقى الكلام:

تا به حال درباره اجازة چهار احتمال مطرح شد:

١- كشف حقيقى آنهم به اين نحو كه اجازة به وجود خارجى اش شرط باشد، از باب شرط متأخر (رأى مشهور).

٢- كشف حقيقى به اين نحو كه وصف انتزاعى تعقب و لحوق كه مقارن با عقد است شرط باشد (رأى معاصرین شيخ)

٣- كشف حكمى و نقل حقيقى به اين نحو كه از اول خود ملك نيامده ولى احكام و آثار آن تا حد امكان از اول مترتب مى شود. (رأى شريف العلماء مازندراني)

۴- نقل حقیقی به این معنی که تا اجازه نیاید نه ملکیتی محقق می شود و نه آثار آن مترتب می شود.

حال کلام در بیان ثمره یا ثمرات عملی این احتمالات است که طی چند مرحله محاسبه می کنند:

قدم اوّل: فرق عملی کشف حقیقی مشهور با کشف حقیقی معاصرین مرحوم شیخ در کجا است؟

می فرمایند: ثمره در جواز و عدم جواز تصرف در فرض علم به اجازه ظاهر می شود، یعنی اگر مورد موردی است که مشتری اصیل از ابتدای معامله فضولی یقین دارد که مالک اصلی بعداً این معامله را اجازه خواهد کرد، در چنین فرضی اگر اجازه را به وجود خارجی اش شرط بدانیم هنوز اجازه نیامده و مشتری حق ندارد در مبیع تصرف کند. ولی اگر وصف تعقب و لحوق را شرط بدانیم، در فرض علم، از اوّل مشتری یقین دارد که: این عقد یک عقدی است که متعقب به اجازه است، پس از اوّل سبب تام است و مسبب و ملکیت آمده و حق تصرف محفوظ است.

قدم دوّم: ثمره قول به کشف حقیقی از یکطرف (به هر دو قسم آن) با قول به کشف حکمی از طرف دیگر، کجا ظاهر می شود؟

مرحوم شیخ در این رابطه فرعی را عنوان کرده و در آن احکامی را به ترتیب بیان می کنند:

اما فرع: اگر شخصی فضولتاً کنیز دیگری را به فرد ثالث فروخت، و معامله فضولی محقق شد و بعداً مالک اصلی این معامله را امضاء کرد حکم چیست؟ اما حکم فرع مزبور:

الف: مشتری پیش از اجازه مالک اصلی با جاریه هم بستر شده، آیا این وطی حلال است یا حرام؟

اگر اجازه را کاشف به کشف حقیقی بگیریم (به هر دو شقّ آن) باید بگوییم: وطی مزبور در ظاهر شرع حرام است زیرا مشتری نمی دانست که بعداً اجازه می آید یا نه؟ و عند الشک اصل عدم اجازه جاری است و نهی ظاهری از وطی دارد و مخالفت آن حرام است. ولی در واقع و عند الله حرام نیست زیرا خدا می دانست که مالک اجازه خواهد

کرد و اجازه هم کاشف از ملک از اوّل امر است، پس وطی واقعاً در ملک خودش بوده نه در ملک دیگری پس مفسده ذاتی نداشته و حرام نبوده (البته بر فرض شرطیت تعقب اجازه باید گفت: چنانچه علم به اجازه بعدی داشت در ظاهر حرام نبود). اما اگر اجازه کاشف حکمی باشد باید گفت: وطی مزبور ظاهراً و واقعاً حرام است. اما ظاهراً به حکم اصل عدم اجازه، و اما واقعاً به حکم اینکه عین جاریه حین الوطی ملک او نبوده و روایات می گوید: لا وطی الا فی ملک ای لا وطی مشروعاً و جایزاً...

ب: اگر کنیز مزبور در دست مشتری مستولده شد و از او فرزندی بدنیا آورد آیا این کنیز امّ ولد می شود و احکام امّ ولد (از قبیل در شرف آزادی بودن و عدم جواز نقل و انتقال آن به دیگران). بر او جاری می شود یا نه؟ باز بر مبنای کشف حقیقی به هر دو قسم آن، جواب مثبت است، زیرا واقعاً ولد در ملک خود مشتری موجود شده و مناط امّ ولد بودن آن کنیز قطعی است. ولی بر مبنای کشف حکمی اوّل می فرمایند: باز هم جواب مثبت است و اجازه کاشف از ترتب آثار ملک از اوّل عقد است و امّ ولد شدن هم یکی از آن آثار است پس مترتب می شود. ولی احتمال هم می دهند که شرط امّ ولد شدن حدوث ولد در ملک واقعی خود مشتری باشد و اینجا علی الکشف الحکمی ولد در ملک مشتری منعقد نشده و لو بعد از اجازه مالک اصلی ملک مشتری می شود ولی فعلاً که ملک نیست، و امّ ولد یا مستولده هم صدق نمی کند تا محکوم به احکام آن باشد. پس طبق احتمال مزبور باز هم کشف حکمی و حقیقی ثمره پیدا کرد.

ج: قوله: و لو نقل:

اگر مالک اصلی پیش از اطلاع از معامله فضولی و اجازه آن خود مستقیماً اقدام کرد و جاریه را به دیگری منتقل کرد (به هبه یا بیع و...) و بعداً از ما وقع با خبر شد و معامله فضولی را هم اجازه کرد، در اینجا اگر اجازه را کاشف حقیقی بگیریم نتیجه آن است که: نقل مزبور باطل و فاسد است، زیرا اجازه کاشف از این است که نقل مزبور در ملک خود مالک اصلی نبوده و ملک واقعی غیر (مشتری) را به دیگران منتقل کرده آن هم صحیح نیست (مگر مجدداً مشتری آن نقل مالک اصلی و قبلی را اجازه کند). البته احتمال هم دارد که نقل مزبور به منزله رد معامله فضولی از سوی مالک اصلی باشد (البته به دلالت التزامی بر رد دلالت می کند و لازمه نقل دادن آن است که اگر دیگری روی این عین کار

کرده من قبول ندارم.) و اگر ردّ شد اجازه بعدی فائده‌ای ندارد زیرا به زودی خواهد آمد که از شروط مفید و مؤثر بودن اجازه آن است که مسبوق به ردّ نباشد، و اینجا مسبوق به ردّ است. ولی اگر اجازه را کاشف حکمی بدانیم باید گفت: هم نقل مالک اصلی صحیح و بجا است زیرا تا اجازه نکرده بود، عین مال در ملک خودش بود و مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند، پس حقّ نقل و انتقال داشت و از این حقّ استفاده کرد. و هم اجازه بعدی نسبت به بیع فضولی صحیح است، زیرا زمام امر این مال در دست مالک اصلی است و باید او طیب نفس داشته باشد، آنگاه مقتضای جمع میان دو حقّ مزبور (حقّ نقل و حقّ اجازه داشتن) آن است که: اگر اوّل منتقل کرده بود و بعداً معامله فضولی را اجازه کرد، عین جاریه به منتقل الیه تعلق می‌گیرد و بعد باید قیمت واقعی آن را (که بدل قیمی است) به مشتری اصیل بپردازد.

تنظیر: ما نحن فیه مثل فسخ معامله خیاری است، بیان ذلک: شخصی متاعی را به دیگری فروخته و مثلاً برای مدّتی حقّ الخيار گذاشته که اگر خواست معامله را فسخ کند، در ظرف آن مدّت مشتری متاع مزبور را به نقل لازم به شخص ثالث منتقل کرد، حال چه باید کرد؟ بگوئیم ذی الخيار پس از این نقل لازم حقّ الخيار ندارد؟ یا بگوئیم: نقل لازم از سوی مشتری بیجا است؟ خیر هم حقّ الخيار باقی و قابل اعمال است و هم نقل لازم صحیح است. و جمع میان آندو به این است که: اگر ذی الخيار اعمال خیار نمود، مشتری باید از عهده برآید، و بدل آن عین را به فروشنده ردّ کند (مثل بوده باید مثلی را بدهد و قیمی بوده باید قیمت را بپردازد).

قوله: و ضابط:

ضابطه کشف حکمی آن است که پس از اجازه مالک آثار و احکام ملک را از اوّل مرتب کنیم، به گونه‌ای که گویا از اوّل معامله ملکیت آمده بود. (البته تا حدّ امکان اثر بار می‌شود). بدنبال این ضابطه می‌گوییم: بر مبنای کشف حکمی از حیث ترتّب و عدم ترتّب آثار سه صورت متصور است:

۱- در ظرف مدتی که معامله فضولی واقع شده تا لحظه اجازه هیچ اثری از آثار ملک بر این عین مرتب نشده، و مالک اصلی هیچ استفاده‌ای از آن نکرده است و منافع مستوفاتی ندارد. در این فرض بعد از اجازه خود عین به ملک مشتری اصیل در می‌آید و

نسبت به آثار و منافع آن هم ضمانی نیست.)

۲- در مدت مزبور برخی از آثار ملک بر این مبیع مترتب شده و مالک اصلی از آنها بهره‌مند شده ولی این ترتب آثار ملک و انتفاع بردن از آن بگونه‌ای است که با اجازه بعدی مالک تنافی ندارد و قابل جمع است، مثلاً نماء مبیع را تلف کرده (میوه درخت را خورده، شیر گوسفند را خورده و...) و یا منافع مزبور را به دیگری هدیه کرده یا فروخته و خلاصه: به دیگران منتقل کرده است. ولی خود عین کماکان موجود است و قابل تسلیم به مشتری هم هست. در اینجا اگر بعداً اجازه کرد، عین، ملک مشتری می‌شود و نسبت به نماء تالف هم مالک اصلی ضامن است و باید از عهده برآید یعنی بدل تالف (مثل یا قیمت) را بپردازد.

۳- در مدت مزبور ترتب اثر محقق شده آنهم بگونه‌ای که با اجازه بعدی منافی است، مثلاً عین را عقلاً و واقعاً تلف کرده و یا اتلاف شرعی پیدا شده یعنی عبد را آزاد کرده، مبیع را وقف کرده و... که شرعاً خود عین قابل برگشت به ملکیت او نیست. در چنین فرضی محلّ و موضوع اجازه (عین) فوت شده و طبعاً اجازه لغو است و معامله فضولی خود به خود منفسخ است. البته در همین فرض هم احتمال دارد که اجازه صحیح باشد و چون خود عین تلف شده بدل آن را مالک اصلی به مشتری اصیل بدهد. و به زودی خواهد آمد که چنین احتمالی بجا است یا بیجا؟

قوله: ثم انهم:

در قدم سوّم ثمره قول به کشف را (مطلقاً یعنی چه کشف حقیقی به هر دو قسم آن و چه کشف حکمی) از یکطرف، و قول به نقل را از طرف دیگر، بیان می‌کنند که بحث مهمّی است، اجازه مالک کاشفه باشد چه ثمرات و نتایج عملی دارد؟ و ناقله باشد چه برکات و فوایدی دارد؟ ابتدا سه ثمره را که از اهمّیت بسزائی برخوردارند ذکر می‌کنند، سپس ثمرات غیر مهمّ را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند، اما ثمرات اصلی و مهمّ:

الف: مقدمه: نماء یا متصل به عین است مثل رشد و نموّ شجره، چاقی حیوان و... و یا منفصل و جدای از عین است مثل میوه درخت، پشم و شیر و برّه گوسفند و... نماء متصل تابع عین است و هر کس مالک عین بود مالک نماء نیز خواهد بود، و کلام در نماء منفصل است، با این مقدمه می‌گوییم: ثمره قول کشف و نقل در نمائات منفصل ظاهر

می‌گردد، و آن اینکه: اگر اجازه را کاشفه بدانیم (به قول مطلق، یعنی کشف حقیقی یا حکمی) نماء مبیع از آغاز معامله فصولی از آن مشتری یعنی منتقل الیه است. (و نماء ثمن از آن مالک اصلی است، البته ثمن اگر نقد رائج باشد چنین نمائی ندارد ولی اگر جنس باشد و معامله پا به پا انجام می‌شود در آن هم نماء متصور است و مال مجیز است.) و اگر اجازه را ناقله بدانیم نماء مبیع تا زمان اجازه مال خود مالک اصلی و مجیز و منتقل عنه است، چون هرکس مالک عین است مالک نمائات نیز می‌باشد. (و نماء ثمن هم مال مشتری است، البته اگر نمائی باشد.) ثمره مذکور کاملاً واضح است، ولی شهید ثانی در شرح لمعه عبارتی دارد که مورد بحث و توجیه واقع شده: عبارت شهید: اگر اجازه را کاشفه بدانیم نماء منفصل مبیع مال مشتری است و نماء حاصل از ثمن مال بایع است (منظور مالک اصلی باید باشد نه بایع فصولی). ولی اگر اجازه را ناقله بدانیم هم فوائد مثنی و هم ثمن هر دو مال مالک مجیز است.^۱

این عبارت به ظاهرش مبتلا به اشکال و بر خلاف قواعد است زیرا جمع میان عوض و معوض در ملک واحد است. بعضی از فقهاء (صاحب مفتاح الکرامه) فرموده: ما کلمه مالک مجیز را در عبارت شهید بر ظاهرش ابقاء می‌کنیم، و حکم شهید ثانی را «که فرموده: هر دو مال مالک است» توجیه می‌کنیم، و می‌گوییم: اما اینکه نماء مبیع از آن مالک مجیز است، برای آن است که: تا اجازه نیامده وی مالک مبیع است و به تبع آن مالک نماء هم هست. و اما اینکه نماء ثمن مال او است، زیرا مشتری اصیل به میل و اختیار خویش ثمن را از ملک خود خارج کرده و مالک را بر آن مسلط ساخته است^۲ (و نظیر تسلیط مجانی غاصب بر مال است که سبب می‌شد که اگر غاصب با عین آن مال متاعی خریداری کند، ملکش شود).

ولی این توجیه صحیح نیست زیرا مشتری گرچه به اختیار خود ثمن را از ملکش خارج کرده و طرف را بر آن مسلط کرده ولی تسلیط مجانی که نیست، تسلیط به عوض است و نتوان عوض و معوض را به مجیز داد. و لذا بهترین است که در ظاهر کلمه «مالک مجیز» در عبارت شهید تصرف کرده و بگوییم: منظور ایشان از مالک مجیز، جنس مالک است و جنس بر یک فرد و دو فرد هر دو صادق است و مورد کلام ایشان هم جایی است

که بایع و مشتری هر دو فضولی باشند، و عقد از هر دو طرف نیازمند به اجازه باشد اینجا است که اگر هر دو اجازه کردند، نماء ثمن و مثنی از آن جنس مالک مجیز است یعنی نماء مثنی به مالک اصلی میبایع تعلق دارد، و نماء ثمن هم به مالک اصلی ثمن تعلق دارد. و اگر کلام شهید را بر این توجیه حمل کنیم به حسب قواعد، اولی و انسب از توجیه مفتاح الکرامه است.

ب: ثمره دوم پس از معامله فضولی و پیش از اجازه مالک اصلی، اگر طرف اصیل عقد را فسخ کرد و معامله را ابطال کرد و گفت: فسخت یا ابطلت و... آیا فسخ او مؤثر است یا نه؟ باز بر مبنای کشف و نقل مطلب فرق می‌کند، و ما این فراز از کلام شیخ را به بیان زیر توضیح می‌دهیم: عموماً و اطلاقی داریم که دال بر صحت و لزوم معامله هستند، و دلالت دارند که اگر معامله‌ای انجام شد باید بدان وفا کنید و حق ندارید آن را باطل کنید (اوفو بالعقود، احل الله البيع و...) این عموماً معامله فضولی را نیز شامل است، و طرف اصیل باید به عقدش وفا دار باشد و علی القاعده نباید فسخ کند، مگر مواردی که به حکم اجماع خارج شده و فسخ جایز است از قبیل:

۱- هنوز عقد که سبب است کامل نشده و جزء آن محقق شده یعنی مثلاً موجب ایجاب را انشاء کرده ولی هنوز قابل قبول را انشاء نکرده، در اینجا فقهاء تسالم و اجماع دارند که: وی حق دارد از ایجابش رجوع کرده و آن را باطل کند.

۲- عقد کامل شده ولی هنوز شرط صحت محقق نشده، مثلاً در باب هبه و وقف و صدقه و بیع سلم، قبض شرط صحت است و در بیع صرف تقابض فی المجلس شرط صحت است و تا نیامده عقد صحیح نیست: باز به اجماع فقهاء طرفین یا یکطرف حق فسخ دارند. و عقد مزبور لازم الوفاء نیست.

۳- مواردی که عقد آمده و قبض هم آمده و معامله کاملاً صحیح است و ملکیت هم آورده ولی در مدت اختیار باز معامله جایز و متزلزل است و کسی که حق اختیار دارد می‌تواند آن را بهم بزند و وجوب وفاء ندارد.

حال موارد مذکور و مانند آن از عموم و اطلاق ادله لزوم معامله خارج شده است. آنگاه در ما نحن فیه اجازه اگر ناقله باشد یا شرط صحت است و تا نیاید مشروط نیامده و یا جزء سبب است و تا نیاید مسبب نمی‌آید، (مثل ایجاب بدون قول) و در هر حال به

حکم اجماع تا اجازه نیاید بر طرف اصیل وفا کردن واجب نیست و عقد مزبور عقد لازم نیست. و حق فسخ محفوظ است و اگر فسخ کرد معامله فضولی باطل و منفسخ می‌گردد. ولی اگر اجازه کاشفه باشد حق فسخ ندارد و به حکم عمومات و اطلاعات باید پای عقدش بایستد، آری مالک اصلی حق فسخ و ردّ یا امضاء دارد ولی مشتری اصیل ندارد.

قوله: فلا یرد:

محقق قمی فرموده: بنابر اینکه اجازه ناقله هم باشد باز فسخ عقد قبل از اجازه صحیح نیست و طرف اصیل حق ندارد معامله را ابطال کند، زیرا فرض این است که جزء سبب (عقدی که میان فضولی و اصیل منعقد شد). یکماه قبل مثلاً آمده، جزء دیگر هم که اجازه مالک باشد وقتی ضمیمه شد، ترتّب اثر یعنی ملکیت و نقل و انتقال که یک اثر وضعی است به طور قهری مترتب می‌شود، و در اختیار مشتری نیست که بخواهد آن را بهم بزند و جلو ترتّب اثر را بگیرد، (اصولاً آثار وضعی چنین هستند که چه بخواهد و چه نخواهد مترتب می‌شود مثل مستی که بر شرب خمر مترتب می‌شود). پس بعد از عقد و معامله در اختیار مشتری نیست که به هم بزند.^۱

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در جواب میرزا قمی می‌فرماید: شما از کجا به ضرس قاطع می‌فرمائید: به مجرد انضمام جزء دیگر یعنی اجازه حتماً اثر مترتب می‌شود و هیچ قید و شرطی ندارد؟ شاید ترتّب اثر منوط و مشروط به فاصله نشدن فسخ میان دو جزء سبب باشد، و اگر فسخ فاصله شد جلو ترتّب اثر را بگیرد، و با وجود این احتمال مجرد انضمام جزء دیگر مفید نیست و دلیل بر وجود مسبّب و اثر نمی‌باشد.

قوله: فالاولی:

اگر می‌خواهید جواز فسخ و ابطال را منع کنید و بگوئید: ما نحن فیه از مواردی نیست که اجماع بر جواز فسخ داشته باشیم و یا شک در اجماع داریم، خوب است احتمال مزبور را که در جواب میرزا دادیم دفع کنید و بگوئید: عدم تخلّل فسخ شرط نیست، بلکه چه فسخ فاصله بشود چه نشود معامله فضولی باطل نمی‌شود به این دلیل که اطلاعات

صحت و لزوم عقود و معاملات اين معامله را مى گيرد و دليلى هم بر تخصيص آنها و عدم لزوم وفا و جواز فسخ اين معامله وارد نشده، و اجماع هم مشكوك است. پس فسخ جايز نيست. ولى دفع احتمال مزبور به توسط ادله و اطلاعات صحت و لزوم خالى از اشكال نيست (و توان گفت: به حكم اطلاعات فاصله نشدن فسخ شرط اينست بلكه فاصله بشود يا نه لزوم وفا هست يعنى فسخ اثرى ندارد). زيرا كه پس از احتمال مزبور و تحقق فسخ از سوى اصيل، الان شك در صدق عقد و عهد داريم زيرا شايد با فسخ اصيل از بين رفت و با شك در صدق عقد و عهد، تمسك به عام يا مطلق از قبيل تمسك به عام در شبهه مصداقيه دليل عام و مطلق است كه به اتفاق كلمه اصولين جايز نيست. و اگر بگوئيد: با استصحاب، بقاء عقد و عهد را احراز مى كنيم، خواهيم گفت: اين استصحاب اصل مثبت است و مستقيماً نتيجۀ شرعى ندارد، بلكه نتيجه اش جواز تمسك به عام و مطلق است كه اثر شرعى نيست. و لذا حجت نيست وقتى شمول دليل محرز نشد، شك در جواز و عدم جواز فسخ مى كنيم، حكم به جواز مى شود. در نتيجه ثمره به قوت خود باقى است كه على الكشف اين فسخ باطل است و على النقل صحيح و مؤثر است.

ج: قوله: و منها:

سومين ثمره مهم كشف و نقل: در مورد جواز و عدم جواز تصرف اصيل ثمره ظاهر مى شود، (قبل از هر مطلبى لازم است بدانيم كه اين ثمره سوم مبتنى بر ثمره دوم نيست، يعنى اينطور نيست كه بگوئيم: هر كس در آنجا قائل به جواز فسخ اصيل شد در اينجا هم قائل به جواز تصرف اصيل مى شود، و هر كس در آنجا طرفدار عدم جواز فسخ بود در اينجا هم حكم به عدم جواز تصرف مى كند بلكه چه در آنجا فتوى به جواز فسخ بدهيم و چه فسخ را جايز ندانيم (مثل محقق قمى) در اينجا بحث از جواز تصرف و عدم جواز تصرف باقى است. و اصولاً عنوان تصرف و عنوان فسخ عام و خاص من وجه هستند، از طرفى فسخ اعم از قولى و فعلى است (فسخى كه با فعلى از افعال و تصرف به نيت فسخ انجام گيرد). البته فسخ فعلى مورد بحث است كما سيأتى و از طرفى هم تصرف اعم از تصرف به قصد فسخ و ابطال و تصرف بدون قصد مزبور است، پس هر كدام از جهتي اعم هستند و لذا ربطى به هم نداشته و تصرف از حيث حكم مبتنى بر فسخ نيست.)

حال اگر يك اصيل و يك فضولى معامله كردند، پس از اجازۀ مالك اصلى تكليف

روشن است، ولی قبل از آمدن اجازه و در فاصله زمانی از عقد تا اجازه باز فضولی تکلیفش روشن است و حق تصرف ندارد، و اما طرف اصیل: اینهم نسبت به منتقل الیه بحثش در ادامه خواهد آمد، اما نسبت به منتقل عنه فعلاً بحث داریم که: تا زمانی که مالک اصلی معامله مزبور را اجازه نکرده آیا طرف اصیل در ما انتقل عنه حق دارد تصرف کند یا نه؟ (تصرف هم گاهی به گونه‌ای است که با اجازه بعدی منافی است و مقوت محل اجازه است که مثلاً هایش در ادامه می‌آید و گاهی به نوعی است که لطمه‌ای به اجازه بعدی نمی‌زند، مثلاً در مدت یکماه بین عقد و اجازه از مرکب استفاده کرد از خدمات عبد و امه برخوردار شده و... فرقی از این حیث نیست.) در کل از کلام شیخ اعظم سه قول مستفاد است:

۱- قول به تفصیل:

اگر اجازه را ناقله بدانیم تصرفات اصیل جایز است، به دلیل اینکه تا اجازه نیامده منتقل عنه و مالی که اصیل مورد معامله قرار داده ملک خود او است و مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند، پس حق تصرف محفوظ است. (بر مبنای کشف حکمی هم مطلب چنین است.) دو مثال:

الف: مولایی جاریه‌اش را به شخص فضولی فروخت، و هنوز مالک اصلی ثمن این معامله و شراء فضولی را امضا نکرده، تا امضا نشده فروشنده اصیل (مولی) مجاز است در جاریه هر نوع تصرفی بنماید، زیرا هنوز جاریه ملک او است و الناس مسلطون علی اموالهم، پس حق دارد جاریه را و طی کند، و اگر جاریه در این مدت مستولده شد ام ولد مولی محسوب می‌شود، و احکام ام ولد بر آن پیاده می‌شود، و قهراً نوبت به اجازه بعدی نمی‌رسد و محل آن فوت می‌گردد، چرا که ام ولد قابل نقل و انتقال به دیگران نیست.

ب: زنی فضولتاً خود را به عقد مردی در آورد قبل از آنکه آن مرد این نکاح را اجازه کند رفت و با مرد دیگری ازدواج کرد، چون چنین حقی داشت و از آن استفاده کرد، اجازه اولی ملغی است، چون محل قابلیت آن را ندارد، زیرا یک زن در زمان واحد یک زوج می‌تواند اختیار کند نه بیش از آن. پس بر فرض که طرف اصیل حق فسخ کردن نداشته باشد، ولی حق دارد تصرف کند آنهم سلطنت مطلقه دارد یعنی حتی تصرف منافی با اجازه هم می‌تواند انجام دهد.

۲- قوله: و ربما احتمل:

پیش از آنکه شقّ دوّم تفصیل مزبور را ذکر کنند قول یا احتمال دوّم را می آورند، و آن اینک: طرف اصیل مطلقاً حقّ تصرف ندارد: چه اجازه را ناقله بدانیم و چه کاشفه، اما بنا بر کشف: دلیل آن در ادامه و تکمیل تفصیل مزبور خواهد آمد. و اما بنا بر نقل: فرض این است که: عقدی منعقد شده و طرف اصیل عاقد است، و عموم او فو با العقود، دامنگیر او است و او باید به عقد خود وفادار باشد آری طرف دیگر (مالک اصلی) حق دارد فسخ و ردّ کند یا اجازه کند، چون تا اجازه نکرد عاقد یا به منزله عاقد نیست، و عموم آیه او را شامل نمی شود. ولی طرف اصیل چنین حقّی ندارد و باید پای عقدش بایستد و معنای وفای به عقد این است که: منتقلّ عنه را از ملک خارج شده تلقّی کند و آنرا نزد خود امانت به حساب آورد، و در نتیجه حقّ تصرف ندارد.

قوله: و هو الذی:

از سخنان محقّق ثانی هم در مسأله شراء به عین مغصوبه همین احتمال مستفاد است که فرموده: نه بایع (اصیل) و نه غاصب (فضولی) هیچکدام حق ندارند در عین (عینی که از بایع به مشتری منتقل می شود که متاع بایع باشد، نه عین مغصوب) تصرف کنند، زیرا احتمال دارد بعداً مالک اصلی اجازه کند، پس اصیل هم حق ندارد، مخصوصاً بر مبنای کاشفیت اجازه^۱ (از این جمله استفاده می شود که اصیل مطلقاً حق تصرف ندارد، چه بر مبنای کشف یا نقل، و به ویژه بر مسلک کشف این عدم جواز روشنتر است).

قوله: و فيه:

مرحوم شیخ قول دوّم را ردّ کرده و می فرماید: بنابر اینکه اجازه ناقله باشد یا شرط تأثیر است و یا جزء سبب و مؤثر است و به هر مال مدخلیت دارد و تا نیامده ملکیتی نیست، آنگاه بر این مبنا عقد تمام سبب و تمام مؤثر نیست تا بگوئید: عقد آمده پس وجوب وفا هم می آید، پس اصیل حق ندارد در مالش تصرف کند، بلکه تمام سبب، عقد مجاز است که قید و مقید است، یعنی عقدی باشد و اجازه ای هم باشد، و مقید بما هو مقید تا قیدش که اجازه است نباید به تنهایی حکمی ندارد پس عقد تنها وجوب وفا ندارد، عقد مجاز

واجب الوفا است، و فرض این است که هنوز اجازه نیامده پس قید نیامده و ذات مقید هم که به تنهایی حکمی ندارد، پس وجوب وفا هم نیامده، و بر فرض شک، از اصل عدم وجوب وفا استفاده می شود، در نتیجه بر مسلک نقل حق تصرف محفوظ است.

قوله: و اما علی القول بالكشف:

این فراز در حقیقت بخش دوم تفصیل مزبور است، و آن اینکه: اگر اجازه را کاشفه بدانیم (منظور کشف حقیقی است) ولو با اصل عدم اجازه و مانند آن حلیت تصرف ظاهری درست شود ولی این تصرفات در واقع حرام است زیرا با آمدن اجازه کشف شد که این تصرفها در واقع در ملک غیر و بدون اجازه مالک مجیز بوده است. بنابراین وطی جاریه حرام است، اگر مستولده شد احکام ام ولد را پیدا نمی کند، اگر زوجه مجدداً با دیگری تزویج کرد، و زوج اول نکاح فضولی را امضاء کرد، نکاح دوم باطل می شود، چون معلوم می شود که این زن زوجه قانونی و واقعی اولی بوده و اصلاً نکاحش با دومی در واقع و عند الله منعقد نشده است. و از کلمات جماعتی این عدم جواز تصرف مستفاد است، منجمله: علامه سید عمیدی^۱ و محقق ثانی^۲ و دیگران.

۳- قوله: و ربما اعترض:

از کلمات برخی استفاده می شود که: تازمانی که اجازه نیامده طرف اصیل حق تصرف دارد مطلقاً یعنی چه اجازه را ناقله بدانیم و چه کاشفه، اما بنابر نقل که پر واضح است زیرا تا اجازه نیامده، مال مزبور واقعاً ملک اصیل است و سلطنت دارد و مطلب همان است که در شق اول تفصیل گفته آمد. و اما بنابر کشف، فعلاً تا اجازه نیامده مانعی از تصرف نیست زیرا احتمال می دهیم بعداً اجازه کند پس در واقع از اول این مال از اصیل منتقل شده و سلطنتی ندارد، و احتمال هم دارد که بعداً اجازه نکند پس در واقع ملک او است و سلطنت دارد، و از اصل عدم اجازه اصل عدم انتقال، اصل بقاء مال بر ملک اصیل، اصل بقاء سلطنت و... استفاده کرده و در ظاهر مجوز تصرف درست می کنیم، آری اگر بعداً مالک اصلی اجازه کرد، تمام تصرفاتی که منافی با اجازه باشد لغو می شود و طرف اصیل ضامن است که بدل آن را بپردازد. و مرحوم صاحب فصول هم فرموده: طرف اصیل حق

تصرف دارد مطلقاً یعنی حتّی بنا بر کشف (تا چه رسد به نقل) و بعد هم طبق مبنای خودش تبصره‌ای آورده و آن اینکه: اگر از اوّل طرف اصیل می‌داند که بعداً مالک اصلی اجازه خواهد کرد حقّ تصرف ندارد (زیرا از اوّل عنوان عقد متعقّب به اجازه بر این عقد صادق است و موضوع وجوب وفا است).

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در ردّ این نظریه می‌فرماید: عمومات می‌گوید: اوفوا بالعقود و وجوب وفا را روی عنوان عقد بار می‌کند، و از طرف اصیل عنوان عقد و عاقد کمبودی ندارد، پس بر او وفا کردن واجب و نقض کردن حرام است، آنهم مطلقاً یعنی چه بداند که بعداً مالک اصلی اجازه خواهد کرد و چه نداند که اجازه می‌کند یا نه، و چه بداند که بعداً ردّ خواهد کرد، ولی تا زمانی که مالک اصلی ردّ و امضاء نکرده، وی باید به عقدش وفا دار باشد، از اینجا معلوم شد که جای تمسّک به اصل عدم اجازه و مانند آن نیست، زیرا با وجود عموم و دلیل اجتهادی چه جای اصل عملی است، عام به عمومش فرض علم به عدم اجازه را هم گرفت تا چه رسد به فرض شک و عدم العلم،

آنگاه اگر اجازه را ناقله بدانیم، می‌گوییم: نفس عقد به نحو مطلق و بی قید و شرط واجب الوفا نیست بلکه عقد مُجاز و وجوب وفا دارد و تا اجازه نیامده قیدش نیست و ذات العقد هم وجوب وفا ندارد، پس حقّ تصرف دارد،

و اگر اجازه را کاشفه بدانیم ولی مبنای فصول را اختیار کنیم یعنی وصف تعقّب را شرط بدانیم، باز موضوع وجوب وفا خود عقد نیست بلکه عقد متعقّب به اجازه است و طرف اصیل الان شک در تعقّب دارد، پس باز عقد مقید به قید تعقّب الان محرز نیست و وجوب وفا هم نمی‌آید، مگر در فرض علم به تعقّب که به صورت تبصره ذکر کرد.

ولی اگر اجازه را کاشفه بدانیم آنهم خود اجازه را که مسلک مشهور همین است، بر این مبنا تمام موضوع برای وجوب وفا خود عقد است و هیچ قیدی ندارد، خود عقد هم که آمده پس باید طرف اصیل به عقدش وفا کند و حق ندارد نقض کند و هر نوع تصرفی که موجب نقض عقد شود ممنوع است.

نتیجه: همان تفصیل حق است و بر آن مبنا ثمره سوّم هم مقبول است.

قوله: و من هنا تبین:

در پایان فراز قبلی یک قاعده کلی ذکر کردند و آن اینکه: هر نوع تصرفی که نقض مبادله و معامله به شمار آید، به حکم آیه اوفوا بالعقود، جایز نیست. حال از همین مطلب فساد و بطلان یک توهم روشن می شود،

اما توهم: ما گفتیم: بر مبنای مشهور در باب کشف طرف اصیل حق ندارد در منتقل عنه تصرفی بکند، متوهم می گوید: اگر تصرف اصیل در منتقل عنه (مالی که از ملک خود منتقل کرده) حرام باشد لازمه اش آن است که: تصرف او در منتقل الیه (مالی که توسط فضولی به او منتقل شده) جایز باشد، یعنی در فاصله زمانی میان عقد و اجازه ملازمه وجود دارد بین حرمت و ممنوعیت از تصرف در مال خودش (منتقل الیه) با جواز تصرف در مال دیگر (منتقل الیه) و دلیل ملازمه: اقتضای خود عقد است که مفاد عقد مبادله عوضین و مالین است یعنی هر مالی جای خالی مال دیگر را بگیرد، و نسبت به منتقل عنه هم جای عین در ملک اصیل خالی است و هم جای تصرف و انتفاع خالی است پس باید منتقل الیه جای هر دو را پر کند و معنی ندارد که: بر اصیل هم تصرف در مال خودش حرام باشد و هم تصرف در مال دیگری، این با مقتضای معامله که مبادله است نمی سازد. و اما فساد توهم: شیخ اعظم (ره) می فرماید: میان حرمت تصرف در منتقل عنه با جواز تصرف منتقل الیه هیچ ملازمه ای نیست، و می شود که هم اولی حرام باشد و هم دومی، اما اولی حرام است به این دلیل که اصیل وقتی انشاء عقد کرد بر او عاقد صدق می کند و مخاطب به خطاب اوفوا بالعقود می شود و معنای اوفوا بالعقود آن است که: بر شما عاقد وفای عقد واجب است و نقض عقد حرام است. و عقد یعنی عهد و عهد یعنی التزام و التزام یعنی چیزی را به عهده گرفتن، و زیر بار امری رفتن، و نسبت به خروج منتقل عنه از ملک اصیل و دخول آن در ملک مالک اصلی این معنی صدق می کند یعنی اصیل به این امر ملتزم شده و آن رابه عهده گرفته است، پس باید پای تعهدش بایستد و حق نقض ندارد، پس هر تصرف منافی با آن هم جایز نیست. البته این التزام در مقابل عوض است یعنی مجانباً ملتزم به تملیک مال خود به دیگران نشده بلکه معامله است و در برابر عوض ملتزم به خروج مال خود گردیده، ولی این عوض داشتن داخل در التزام او نیست و نامش التزام علی نفسه نیست، گرچه داخل در مفهوم معامله هست، ولی

معامله التزام طرفینی است نه یک طرفی، پس آنچه اصیل بدان ملتزم شده خروج مال خودش می‌باشد، و اما نسبت به دخول مال دیگری در ملک اصیل، التزام نیست بلکه الزام غیر است، جعل مال دیگری برای خودش است، و این قسمت در گرو امضا و رضایت غیر است. آنگاه اگر اصیل در مال خودش تصرفی انجام دهد تخلف و تخطی و نقض عقد صدق می‌کند. ولی اگر در مال دیگری تصرفی نکند نقض صادق نیست تا بگوئید: پس تصرف جایز است تا نقض عقد نشود.

و اما دومی (تصرف در منتقل الیه) حرام است برای اینکه شک داریم که آیا در واقع به اصیل منتقل شده یا نه؟ و منشأ شک هم آن است که: نمی‌دانیم که آیا بعداً اجازه خواهد آمد یا نه؟ اصل عدم اجازه، اصل عدم انتقال، اصل عدم جواز تصرف در مال غیر جاری می‌شود (البته اصول مزبور در طول هم هستند و سومی مسبب از دومی و دومی از اولی است و اگر سببی جاری نشد نوبت به مسببی می‌رسد).

نتیجه: پس منافاتی ندارد که بر اصیل هم تصرف در منتقل عنه حرام باشد و هم در منتقل الیه (خواهید گفت: این به ضرر او است، ظلم و اجحاف بر او است غلّ ایدی اصیل است و... در جواب می‌گوییم: اولاً خودش اقدام کرده و کسی که بر ضرر خویش اقدام کرد دیگری ضامن او نیست. و ثانیاً ضرر جبران می‌شود، زیرا بعداً اگر مالک اصلی رد کرد تمام نمائات منتقل عنه مال اصیل است. و اگر امضا کرد و ناقله بود باز تا وقت اجازه نمائات عین، مال او است. و اگر کاشفه بود باز در واقع منافع و نمائات بدلی یعنی منتقل الیه مال او است و مالک اصلی ضامن است و ظلم و ضرری هم پیش نمی‌آید).

قوله: و دعوی:

ما گفتیم: بر مسلک مشهور (کاشفیت) اصیل حق تصرف در مال خودش ندارد. حال مستشکل می‌گوید: التزام اصیل به معامله و عقد و خروج مال از ملک خودش، یک التزام فعلی و تنجیزی نیست تا وجوب وفا و حرمت نقض داشته باشد، بلکه در حقیقت یک التزام تعلیقی و مشروط است، که شرط آن اجازه است یعنی اصیل که می‌گوید: بعث و انشاء عقد می‌کند منظور این است که: اگر مالک اصلی اجازه دهد من می‌فروشم، یا اگر عوض مالم ملک من شود ملکم را می‌فروشم، و وقتی التزام اگری و تعلیقی و علی تقدیر الاجازه شد، چنانچه یقین داریم که آن شرط و تقدیر محقق خواهد شد، باید

وفادار باشیم ولی اگر علم به تحقق آن نداریم هیچ مانعی ندارد که قبل از تحقق شرط یا معلق علیه، اصیل بتواند در مال خود تصرف کند. همان طوری که درباب نذر معلق (نذر گاهی مطلق و فعلی و حالی است مثلاً می گوید: لله علی ان افعَل کذا و کذا و به مجرد انعقاد صیغه نذر وجوب وفای به نذر می آید و مخالفت با آن موجب حنث نذر است و کفاره دارد. ولی گاهی معلق و مشروط است مثلاً می گوید: لله علی ان شفی المریض او قدم المسافر ان افعَل کذا و کذا.) مادامی که معلق علیه نیامده جماعتی از فقهاء می فرمایند: نادر حق دارد در مال منظور تصرف کند، چون هنوز نذر منجز نشده و اگر تصرف کرد حنث نذر نمی شود و کفاره هم ندارد. هکذا در ما نحن فیه نسبت به تصرف اصیل قبل از علم او به تحقق اجازه که این هم نقض عقد و التزام محسوب نمی شود تا حرام باشد.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ در جواب ادّعی مزبور می فرمایند:

اولاً در باب مقیس علیه (نذر) هم مطلب روشن نیست و اشکال مشهوری است که قبل از حصول شرط نذر آیا نادر حق دارد در مال منذور تصرف نماید یا نه، پس چگونه ما نحن فیه به آن باب قیاس می شود؟

ثانیاً بر فرض در باب نذر تصرف مزبور جایز باشد ولی قیاس مسأله ما به آن باب مع الغارق است زیرا در باب نذر اصل ماهیت نذر و التزام یک التزام تعلیقی و مشروط است و کسی را رسد که بگوید: تا شرط نیاید وجوب وفا هم نمی آید. ولی در مسأله ما التزام اصیل معلق و مشروط نیست و اصولاً تعلیق در عقد مبطل است و اجماعی است که باید انشاء تنجیزی باشد و ای چه بسا اصیل اصلاً از فضولی بودن طرف بی اطلاع است و جزماً انشاء بیع یا شراء می نماید و یا اگر از فضولی بودن هم با خبر است باز نمی گوید: بعث بشرط اجازه مالک، بلکه جزماً می گوید: بعث، البته در کنار آن امیدوار است و رجاء واثق دارد که بعداً مالک اصلی هم این را امضا کند پس اصل التزام معلق بر چیزی نیست، و وقتی از ناحیه اصیل التزام به مبادله فعلی و مطلق بود وفای به آن واجب و نقض آن حرام خواهد بود و باید منتظر بماند تا مالک اصلی عقد را اجازه یا رد کند و خود بخود معامله منتقض شود.

قوله: و لاجل:

در اين فراز شاهد گويايى مى آورند مبنى بر اينكه طرف اصيل به آنچه بر نفس خویش ملتزم شده بايد وفادار باشد و كارى كه با اين التزام منافى است انجام ندهد، نه چيزهايى كه مربوط به او نيست و عنوان ملتزم به بر آنها صدق نمى كند، و آن مطلبى است كه علامه در قواعد درباب نكاح آورده: اگر شخصى بدون اذن طرف ديگر عقد نكاح را خواند و يك طرف كه خود عاقد است اصيل بود و طرف ديگر فضولى، در اينجا نسبت به عاقد يا مباشر عقد كه اصيل است مصاهره و ازدواج حرام مى شود،

آنگاه اگر مباشر عقد مرد است و بدون اذن و توكيل زنى را به عقد خویش در آورده و خود را به اين نكاح ملتزم ساخته است حكمش آن است كه: اگر قبلاً سه زن دائمى داشته و الان هم فضولتاً اين زن چهارم را به عقد دائم در آورده است فعلاً حق از ازدواج دائم با زن ديگر ندارد زيرا بيش از چهار زوجه دائمى شرعاً ممنوع است. و نيز اگر آن زنى كه فضولتاً معقوده اين مرد واقع شده خواهرى داشته باشد، بر اين مرد ازدواج با آن حرام است زيرا جمع ميان دو خواهر جايز نيست. و نيز اگر آن زن دختری دارد، فعلاً از ازدواج با دخترش بر اين عاقد حرام است و جمع ميان مادر و دختر كه نبت الزوجة المعقوده است نشايد. و نيز مادر آن زن بر اين مرد حرام مى شود چرا كه ام الزوجة المعقوده است.

اينها احكامى است كه مرد بدانها ملتزم شده. و بايد پاى التزامش بيايستد و تا زمانى كه آن زن نكاح را فسخ يا امضا نكرده اين التزامات هست، آنگاه اگر آن زن نكاح را امضا كرد كه حرمتهای مزبور كماكان مى مانند و اگر فسخ كرد آنگاه است كه ازدواج با زن ديگر جايز مى شود (چون پنجمى نيست) ازدواج با خواهر اين زن جايز مى شود با دخترش جايز مى شود (چون نسبت زوجه مدخول بها نيست). ولى با مادر آن زن حتى پس از رد نكاح هم حليت ازدواج مورد اشكال است. (و هو نائى من ان التحريم فى الأم يكفى فيه العقد على البنت الصحيح اللازم المجرد عن الوطى كما هو المشهور والمفروض انه صحيح لازم من طرف المباشر فيترتب عليه اثره و هو تحريم الأم، و من انه لا يكفى فيه ذلك بل لا بد من الدخول على النبت المعقوده و الا فلا يحرم الا من باب الجمع كما يقول به ابن ابى عقيل،

و بعد الفسخ لا یبقی موضوع للجمع.^۱

سؤال: آیا طلاق آن زن (در فاصله میان عقد و اجازہ) صحیح است و حرمت ازدواج با زن دیگر یا خواہر آن زن یا دختر او و یا مادرش را بر می دارد؟ یا خیر؟ می فرماید: محل نظر است. (وجه النظر: من لزوم ترتب الطلاق علی نکاح لازم من قبل الزوجة ایضاً و هو منتفہ هنا فلا یكون الطلاق الکذائی معتبراً فی نظر الشارع فلا یفید فی ازالة العقد المزبور فلا یشیع المصاہره بل تحرم الی ان یحصل الفسخ من الزوجه او الاجازة ثم الطلاق. و من اّنه طلاق صدر عن اهله فی محلّه لانّ الموقع له کامل و الزوجیة ثابتة من طرفه فوجب ان یترب علیہ مقتضاه و هو اباحه المصاہرة)^۲

و اگر عاقد یا مباشر عقد زن است و فضولتاً خود را به عقد مردی در آورده باز حکم این است کہ باید پای عقد و التزامش بایستد و شرعاً ازدواج او با مرد دیگر جایز نیست مگر مرد اوّلی وقتی خبردار شد نکاح فضولی را فسخ کند، پس از آن، زن آزاد است.

سؤال: آیا در این فرض طلاق صحیح است؟

جواب: آری صحیح است زیرا به دلالت اقتضا دلالت دارد کہ آنّا ما قبل از طلاق نکاح را امضا کرده کہ طلاق می دهد و گرنه طلاقش لغو و عبث بود. جناب کاشف اللشام ہم در کتاب کشف اللشام فرمود: لاشکال در تحریم مصاہره و ازدواج از سوی مباشر^۳ و جماعت دیگری ہم بدان تصریح نموده اند.

قوله: واما مثل النظر:

اینها کہ گفتیم احکامی بود کہ مباشر عقد بر عہده گرفته بود و بدان ملتزم شده بود و باید به آنها وفا می کرد، و اما آثاری کہ به نفع مباشر است از قبیل: جواز تطرّ به زوجة معقوده یا به ما در او (به عنوان ما در زن) و سایر احکام، به مجرد عقد فضولی جایز نمی شود و اینها در بخش ملتزم به داخل نیست تا بگوییم: باید به التزامش وفا بکند، پس در اینگونه از احکام به اصل عدم جواز بر می گردیم، زیرا این احکام از آثار علاقه زوجیت است کہ طرفینی است و نه تنها ثابت نیست بلکه با اصل عدم زوجیت منفی است.

۲. آدرس قبلی.

۱. هدایة الطالب، ص ۲۹۱.

۳. کشف اللشام، ج ۲، ص ۲۳.

قوله: فحرمة:

نتیجۀ بحثها از و دعوی... تا اینجا این است که: حرمت نقض عقد بر عاقد (نسبت به آنچه بدان ملتزم شده) فعلی و منجز است و موقوف بر ثبوت نتیجۀ عقد (ملکیت در بیع، زوجیت در نکاح) نیست، بلکه ثبوت نتیجۀ عقد تابع ثبوت حرمت نقض از هر دو طرف است و فعلاً تا اجازه نیاید این نتیجه ثابت نیست ولی بر عاقد وفا به عقد و التزام واجب است. پس علی الکشف تصرف اصیل در منتقل عنه جایز نیست.

قوله: ثم ان:

از نظر مرحوم شیخ سه ثمرۀ اساسی فیما بین قول به کشف و نقل بود که تا اینجا ذکر کردند و در برابر اشکالهای مطرح شده از این ثمرات دفاع کرده و آنها را پذیرفتند. حال می فرماید: برخی از متأخر المتأخرین (مرحوم کاشف الغطاء و مقدس اردبیلی ثمرات دیگری نیز ذکر کرده اند که بد نیست سری به آن ثمرات زده و به دو منظور آنها را مطرح کنیم.

۱- برای تنبّه و آگاهی شما از آن ثمرات

۲- و احیاناً برای حاشیه زدن و بیان اشکالات وارده بر آن ثمرات: در مجموع شش ثمره از اول بعض می آورند:

۱- اگر یک اصیل و یک فضولی معامله ای انجام دادند و در هنگام معامله هم اصیل و هم مالک اصلی اهلّیت و قابلیّت مالک شدن را دارا بودند، ولی پس از معامله و قبل از اجازه مالک اصلی، یکی از طرفین معامله (یعنی طرف اصیل) از اهلّیت و قابلیّت مزبور خارج شد، و این لیاقت و شایستگی از او منسلخ گردید (مثلاً مُرد و از دنیا رفت و می دانیم که مرده اهلّیت از برای مالک شدن ندارد. یا مرتد فطری شد که واجب القتل است. و از همان لحظۀ ارتداد مرده حساب می شود و اموالش به ورثه می رسد و خود او نمی تواند چیزی را مالک شود، و یا مرتد ملّی شد که تا چند روز مهلت دارد و در آن مدّتی که زنده است اهلّیت تجارت و داد و ستد و مالک شدن را دارد ولی فقط نسبت به دو چیز اهلّیت ندارد: یکی نسبت به عبد مسلم و دیگری نسبت به مصحف) حال اصیل قبل از اجازه مرد، مرتد فطری شد، مرتد ملّی شد و عبد مسلم یا مصحف از فضولی خریده بود در چنین فرضی اگر اجازه مالک اصلی را که بعداً می آید کاشفه بدانیم معامله

مزبور صحیح است زیرا حین البیع اصیل اهلیت داشت و محذوری نبود ولی اگر ناقله بدانیم این معامله باطل است زیرا حین النقل و الانتقال یعنی در هنگام اجازه اصیل از اهلیت خارج شده است. و اجازه نمی تواند مؤثر بیفتد و چیزی به ملک او در آید.

۲- معامله ای فضولی انجام گرفت و در هنگام معامله عوضین هر دو مالیت داشتند و قابل تملک بودند ولی پس از معامله و قبل از اجازه مالک اصلی هر دو یا یکی از آندواز مالیت افتاده و ارزش تملک ندارد (مثلاً تلف شده و از بین رفته و چیزی نیست که ملک کسی شود، یا مثلاً روغن مایعی بوده و حالا نجس شده و از حیّز انتفاع افتاده است و مالیت ندارد، یا مثلاً به کلی از قیمت و ارزش افتاده و مثل قالب یخ در زمستان است و...) در این فرض هم اگر عوض و معوض هر دو از مالیت افتاده که قطعاً اجازه بی اثر است، و اگر مال مالک اصلی از ارزش افتاده باز اجازه بی تأثیر است «زیرا چنانکه در تنبیهات خواهد آمد» شرط تأثیر اجازه آن است که مُجیز در حال اجازه مالک باشد و علی الفرض چنین نیست. آری فرض مسأله آنجا است که مالی که از طرف اصیل به دیگری منتقل شده از ارزش افتاده و تلف شده یا منتجس شده یا سرکه بوده و تبدیل به شراب شده و... باز در اینجا گفته اند: اگر اجازه مالک را کاشفه قرار دهیم، معامله مزبور صحیح است چون حین العقد کمبودی نبوده، ولی اگر ناقله بدانیم معامله مزبور باطل است، زیرا حین الاجازه مالیتی نیست تا نقل و انتقالی بیابد.

۳ و ۴- (این دو فرض را با هم ذکر کرده اند و کلمه القابلیّة در عبارت الف و لامش عهد ذکری است و اشاره به دو فرض ۱ و ۲ می باشد.) اما سوّم: این فرض عکس فرض اوّل است یعنی در هنگام معامله یکی از دو طرف که طرف اصیل باشد قابلیت مالک شدن را نداشت و پس از معامله و قبل از اجازه اهلیت تملک را یافته (مثلاً عبد مسلم یا مصحفی را از فضولی خریداری کرده و در هنگام خریدن طرف اصیل کافر بوده ولی بعداً مسلمان شده و الان که مالک اصلی اجازه می دهد مانعی نیست.) در اینجا ثمره عکس ثمره فرض اوّل است، یعنی اگر اجازه را کاشفه بدانیم معامله باطل است زیرا حین العقد طرف قابلیت نداشت و کافر بود، و اگر ناقله بدانیم معامله صحیح است، زیرا حین الاجازه او مسلمان شده و قابلیت دارد.

و اما چهارم: این نیز نقطه مقابل فرض دوّم است: در هنگام معامله مال منقول از

اصیل مالیت و ارزش نداشت و قابل تملک نبود ولی در وقت اجازة مالیت دارد. (مثلاً قبل از انعقاد ثمره در انگور، یا قبل از انعقاد حبّ در گندم، یا قبل از بُدُو و صلاح به احمرار یا اصفرار در خرما، اینها را به فضولی فروخته ولی حالا که مالک اصلی می خواهد اجازة کند، انگور غوره بسته، گندم دانه بسته، خرما رنگ انداخته و ارزش پیدا کرده است.) در اینجا هم اگر اجازة کاشفه باشد معامله باطل است زیرا حین البیع مالیتی نبوده و شرط صحّت معامله آن است که عوضین مالیت داشته باشند. ولی اگر ناقله باشد معامله صحیح است زیرا حین الاجازة مالیت هست.

۵- معامله فضولی انجام گرفته ولی عقد فضولی با فقد شرطی از شروط تأثیر عقد همراه است و مقارن با عقد آن شرط نبود ولی بعداً و قبل الاجازة حاصل شد. (مثلاً وقت عقد طرف فضولی یا اصیل یا هر دو بچه بودند ولی وقت اجازة بالغ شده اند و شرط حاصل شده) در اینجا هم اگر اجازة کاشفه باشد معامله باطل است ولی اگر ناقله باشد صحیح است.

۶- به عکس فرض پنجم: یعنی در هنگام معامله عقد واجد شروط تأثیر بود ولی بعد از معامله و قبل از اجازة فاقد شرط شد (مثلاً احد الطرفین در این اثناء مجنون یا محجور و... شد) باز اگر اجازة کاشفه باشد معامله صحیح است ولی اگر ناقله باشد محکوم به بطلان است.

قوله و ربّما یعتراض:

مرحوم صاحب جواهر^۱ به تمام این ثمرات اعتراض کرده و معتقد است که در تمام فروض مزبور معامله فضولی کلاً باطل است و فرقی میان قول به نقل و کشف نیست. منتهی در اعتراض به ثمره اول و دوم و ششم مرحوم شیخ با صاحب جواهر هم عقیده نیست و اعتراض ایشان را پاسخ می دهند، ولی در ثمره سوم و چهارم و پنجم همصدا با صاحب جواهر آنها را محکوم می کنند:

اما اعتراض جواهر به ثمره اول: اگر اجازة را ناقله بدانیم شما نیز قبول کردید که معامله مزبور باطل است چون در وقت اجازة طرف اهلیت مالک شدن را دارا نیست. و

اگر کاشفه هم باشد باز معامله مزبور باطل است. زیرا ادله صحت بیع فضولی (در مسئله اول از مسائل بیع فضولی مبسوطاً این ادله و مؤیدات را آوردیم) ظهور در استمرار قابلیت دارند و دلالت می‌کنند که باید قابلیت مالک شدن از اول عقد تا هنگام اجازه باشد تا اجازه کاشف از مالکیت از اول عقد باشد (و لا اقل می‌توان گفت: قدر متیقن از آن ادله این فرض یعنی صورت بقاء و استمرار قابلیت است.) و در فرض مزبور این قابلیت استمرار نیافته بلکه پیش از اجازه منسلخ شده و از بین رفته است، پس چنین معامله‌ای مشمول ادله صحت معامله فضولی نیست، پس دلیلی بر صحت آن نداریم (و بر فرض شک به اصالة الفساد رجوع می‌کنیم) آنگاه نوبت به قول به کشف یا نقل نمی‌رسد و فرقی میان این دو مسلک نیست.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در ردّ اعتراض صاحب جواهر (ره) می‌فرماید: ما هیچ دلیلی نداریم مبنی بر اینکه باید قابلیت تملک از لحظه عقد تا زمان اجازه مستمر و مستدام باشد بلکه شواهد خلاف آن را دلالت دارد: یکی از شواهد فتوای صریح فقهاء در این فرع است: اگر فضولی مال کسی را به زید فروخت و زید هم به بکر و بکر هم به خالد و خالد هم به قادر فروخت و عقود متعددی در طول هم بر آن وارد شد در اینجا فقهاء فرموده‌اند: اگر مالک اصلی همان معامله اول را امضاء کرد تمام معاملات بعدی صحیح می‌شود. کیفیت استشهاد: صحت باقی معاملات مستلزم آن است که از هنگامی که اصیل این متاع را به بکر فروخت از ملک خود زید خارج شده باشد، پس در واقع ملک او مستمر نیست و تا زمان اجازه تداوم ندارد، پس استمرار لازم نیست.

یکی دیگر از شواهد ظاهر برخی اخبار است که در مسئله اول بیع فضولی به صورت مؤیدات ذکر شد: «منظور روایات تجارت عامل مضارب بود که بر خلاف خواست رب المال متاع دیگری را مورد تجارت قرار داده بود و روایات به طور مطلق می‌فرمود: با اجازه رب المال ربح و سود میان آندو تقسیم می‌شود و اطلاق می‌گرفت فرضی را که در هنگام اجازه مالک اصلی طرف مقابل (یعنی اصیل که با عامل مضارب معامله کرده) حین اجازه مرده باشد یا زنده، مرتد شده باشد یا نه، و نیز روایات اتجار به مال الیتیم که فضولی تجارت می‌کرد و با اجازه ولی سود مال یتیم می‌شد ولی نداشت

که در زمان اجازة ولی، طرف اصیل اهلیتش باقی است یا نه»

یکی دیگر از شواهد صریح برخی از همان اخبار بود (منظور روایت ابن اشیم در مورد عبد مأذون است که بعداً ورثه دافع و مولای عبد مأذون و مولای پدر عبد اختلاف داشتند، و اصلاً مورد موردی بود که دافع مرده بود و از اهلیت تملک خارج شده بود). یکی دیگر از شواهد فحوای روایت تزویج صغیرین است که قبلاً ذکر شد، این روایت هم ردّ بر اعتراض صاحب جواهر بر ثمره دوّم کاشف الغطاء است و هم شاهی بر مدّعی ما یعنی عدم استمرار: صاحب جواهر نظیر اعتراض مذکور را بر ثمره ثانی هم کرده که ظاهر ادله صحت بیع فضولی، استمرار قابلیت مال است و... ما به حکم این روایت می‌گوییم: خیر بقاء قابلیت منقول بر مالیت تا زمان اجازة لازم نیست، زیرا در مورد حدیث پسر که صغیر بود وقتی بالغ شد و اجازة کرد بعدش مُرد و از قابلیت افتاد، معذک اگر زوجه بعد از بلوغ اجازة می‌کرد حکم به صحّت نکاح و ترتیب آثار می‌کردیم، آنگاه زوجین در باب نکاح مانند عوضین در باب بیع است، پس به حکم این حدیث می‌گوییم: در عوضین هم بقاء بر مالیت تا زمان اجازة لازم نیست. این ردّ اعتراض جواهر بر ثمره ثانی بود، و امّا فحوای این خبر به عنوان شاهی بر عدم لزوم استمرار قابلیت مالک بر مالکیت: عوضین رکن بیع هستند ولی متبایعین رکن نیستند، و اگر در رکن استمرار قابلیت لازم نباشد، پس در غیر رکن به طریق اولی لازم نیست.

یکی دیگر از شواهد روایت عروه باری است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در مقام اجازة کردن بیع عروه ترک استفصال کرد یعنی نپرسید که: حالا آن گوسفند زنده است یا مرده؟ آیا ذبح کرده و گوشت آن را خورده‌اند یا خیر؟ از این ترک استفصال می‌فهمیم که: فرقی ندارد، چه عین منقول باقی بر قابلیت و مالیت باشد و چه باقی نباشد معامله فضولی صحیح است.

نتیجه: هیچ دلیلی بر لزوم استمرار قابلیت تملک وجود ندارد، پس دو مورد مذکور در کلام کاشف الغطاء هم مشمول ادله بیع فضولی است و از این حیث اشکالی ندارند. و نظیر اعتراض و جواب مزبور در مورد ثمره ششم هم مطرح است و اعاده لازم نیست.

قوله: نعم:

آری ما نیز همصدا با صاحب جواهر ثمره سوّم و چهارم و پنجم را قبول نداریم و

می‌گوییم: اگر در هنگام عقد طرف اصیل قابلیت نداشت (مثلاً کافر بود) و بعداً قابلیت آمده این معامله از اصل منعقد نشده و باطل است و فرقی میان کشف و نقل نیست. و نیز اگر در وقت عقد مال منقول قابلیت نداشت (بدو صلاح نشده بود) و بعداً مالیت پیدا کرده باز شرط صحّت را نداشته و از اوّل معامله منعقد نشده و ثمره‌ای در کار نیست.

و نیز اگر عقد مقرون به فقدان شرط بود معامله از اساس باطل است و نوبت به ثمره مزبور نمی‌رسد. و بالجمله میدان مناقشه و اشکال در ثمرات مزبور وسیع است ولی از این زاویه که صاحب جواهر اعتراض کرد و مسأله استمرار قابلیت را عنوان فرمود، ما قبول نداریم و خلاف آن یعنی عدم اشتراط استمرار نزد ما راجح است.

قوله: و ربما يقال:

تا به حال نه ثمره از ثمرات قول به کشف و نقل را ذکر کردیم، سه ثمره مهم و مقبول بود که اوّل به آنها پرداختیم، و سپس شش ثمره از زبان کاشف الغطاء و دیگران آوردیم، اینک می‌گوییم: ثمرات دیگری هم ذکر شده که در این فراز به آنها اشاره می‌کنیم و آن شش ثمره است:

۱- ظهور ثمره در تعلق خيار: اصیل از فضولی متاعی را به قیمتی خریداری کرد، پس از معامله و پیش از اجازه مالک اصلی قیمت بازار تنزل یافت و خیلی کاهش پیدا کرد بدرجه‌ای که موجب غبن مشتری شد، یا عیبی در مبیع حادث شد، و مشتری از این حوادث بی اطلاع بود تا زمانی که مالک اصلی اجازه کرد، اینجا اگر اجازه را کاشف بدانیم نتیجه‌اش عدم ثبوت خيار غبن یا خيار عیب برای مشتری است، زیرا عیب در ملک خودش حادث شده، قیمت مال خودش کاهش یافته و دیگری در قبال آن مسئول نیست. ولی اگر اجازه را ناقله بدانیم و از حین اجازه می‌خواهد مالک شود، نتیجه‌اش ثبوت خيار غبن یا عیب برای مشتری است زیرا در هنگام نقل و انتقال و مالک شدن که زمان اجازه است متاع معیوب است یا از ارزش آن کاسته شده و مشتری مخیر است.

۲- ظهور ثمره در حقّ الشفعة: مالک اصلی زمینی دارد، فضولی نصف مشاع آن را به شخصی فروخت پس از مدّتی خود مالک اصلی هم نصف مشاع زمین خود را به شخص دیگری فروخت، و پس از آن با خبر شد که فضولی هم چنان معامله‌ای انجام

داده و آن را هم اجازه کرد، در اینجا اگر اجازه را کاشفه بدانیم نتیجه آن است که در واقع از اول عقد و قبل از معامله خود مالک اصلی، مشتری اصیل مالک نصف مشاع شده بود و در واقع با مالک اصلی شریک بود، و بعداً شریک او یعنی مالک اصلی نصف دیگر را فروخته، و مشتری اصیل حق الشفعة دارد. ولی اگر اجازه ناقله باشد نتیجه آن است که الان که اجازه می آید و آن مشتری اصیل مالک می شود ولی پیش از آن خود مالک اصلی نصف مشاع را ملک دیگری کرده بود و آن دیگری با مالک شریک شده بود و همان فرد دیگر حق الشفعة دارد.

۳- ظهور ثمره در احتساب مبدء خيارات: برخی از خيارات نظیر خيار حيوان و خيار شرط مدت دار هستند (خيار حيوان سه روز است، خيار شرط هم بر اساس تعیین طرفین و شرط آنها است). حال فضولى حیوانی را به مشتری فروخت و مشتری سه روز خيار حيوان دارد، ولی مبدء سه روز از چه زمانی است؟ اگر اجازه بعدی مالک را کاشفه بدانیم مبدء خيار حيوان از زمان عقد خواهد بود، و اگر ناقله بدانیم مبدئش از زمان اجازه تا سه روز خواهد بود، زیرا از حالا بر مشتری صاحب الحيوان صدق می کند، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ایام.

۴- ظهور ثمره در معرفت مجلس صرف و سلم: فضولى با دیگری بیع صرفی انجام داده که شرط صحّت آن تقابض فى المجلس است، یا بیع سلفی انجام داده که شرط صحّت آن قبض ثمن در مجلس است، و بعداً مالک اصلی اجازه داد، آیا مجلسی که معتبر است مجلس عقد است؟ یا مجلس اجازه؟ اگر اجازه کاشفه باشد مجلس عقد ملاک است ولی اگر ناقله باشد مجلس اجازه معتبر است و باید تقابض در این مجلس باشد.

۵- ظهور ثمره در نذر و قسم: پس از معامله فضولى و قبل از اجازه، مشتری نسبت به مبيع نذر کرد یا قسم خورد که در راه خیر اتفاق کند و بعداً اجازه آمد، اگر کاشفه باشد نذر و قسم نسبت به مال خود مشتری است و منعقد می شود و باید به نذرش وفا کند، و اگر ناقله باشد نذر منعقد نمی شود زیرا هنوز ملک او نشده است. و یا مشتری نسبت به ثمن و مالی که از ملک خود منتقل کرده چنین قسم یا نذری منعقد کرد، اگر اجازه کاشفه باشد نذرش باطل است چون مال دیگری را نذر کرده، و اگر ناقله باشد صحیح است، و

هكذا در جانب مالک اصلی نسبت به ثمن یا مثن قبل از اجازه...

۶- ظهور ثمره در بیوع متعدّد: اگر مشتری اصل متاعی را که از فضولی خریده بود به دومی و دومی به سومی و سومی به چهارمی و... فروخته بودند و بعداً مالک اصلی آن معامله اولی را امضا کرد، در اینجا اگر اجازه کاشفه باشد تمام معاملات صحیح است چون کاشف به عمل آمد که مشتری ملک واقعی خود را فروخته است و دومی هم هكذا و... ولی اگر ناقله باشد این مورد در مسأله آینده داخل می شود که: «من باع شیئاً ثم ملکه» یعنی مشتری چیزی را فروخته سپس مالک شده و احکام آن مسأله را دارد که آیا از ریشه باطل است یا صحیح است؟ و بر فرض صحت آیا همین که مالک شد کافی است یا اجازه هم لازم دارد؟

تنبيهات اجازه

در پایان مبحث اجازه هفت امر را به عنوان تنبيهات این مسأله عنوان می کنند:

تنبيه اول:

تنبيه اول از تنبيهات باب اجازه درباره این مطلب است که: نزاع معروف در باب اجازه که تا به حال مطرح بود (کاشفیت و ناقلیت) آیا یک بحث لغوی است و اختلاف در معنا و مفهوم اجازه است؟ یا یک بحث شرعی و مربوط به حکم شارع و مفاد ادله صحت بیع فضولی است؟

(تصویر لغوی بودن نزاع به یکی از دو نحو است:

۱- نزاع در موضوع له کلمه اجازه باشد که آیا وضع شده برای معنایی که مقید به کاشفیت است؟ یا وضع شده برای مفهومی که مقید به ناقلیت است؟ آیا کشف در مفهوم اجازه دخیل است؟ یا نقل؟ ۲- نزاع در منصرف الیه اجازه باشد یعنی اجازه برای قدر جامع میان کشف و نقل وضع شده است ولی عند الاطلاق آیا به خصوص کشف انصراف پیدا می کند؟ یا به نقل منصرف می شود؟)

مرحوم شیخ می فرماید: بی شک نزاع مزبور در اصل معنای لغوی و وضعی کلمه اجازه نیست، چه اینکه در منصرف الیه آن نیز نمی باشد. (زیرا مفهوم اجازه واضح است

یعنی رضایت به مفاد عقد و امضاء معامله و داخل این معنی کشف یا نقل نهفته نیست.) پس نزاع در حکم شرعی اجازه است یعنی بحث در این است که از ادله چه چیز استفاده می شود؟ دو دسته ادله در اینجا مطرح است:

الف: عموماً که خود دو بخش می باشند:

۱- عموماً صحت و لزوم معامله که فضولی را هم شامل می شوند.

۲- عموماً اشتراط طیب نفس مالک که تا نباشد تصرف در مال او جایز نیست.

جمع این دو ایجاب می کند که در معامله باید طیب نفس هم باشد و لازم نیست که مقارن عقد باشد بلکه متأخر هم بود صحیح است و در بیع فضولی طیب نفس مالک متأخر است. ولی آیا نتیجه این دو دسته آن است که: طیب نفس صرفاً کاشف است و علت تامه ملک، خود عقد است؟ یا طیب نفس به عنوان شرط یا شطر دخالت دارد؟ مشهور از عموماً کشف را استفاده کردند ولی شیخ اعظم نقل را نتیجه گرفتند.

ب: ادله خاصه: نظیر صحیحه محمد بن قیس، صحیحه ابو عبیده در مورد تزویج صغیرین و... که مرحوم شیخ از ادله خاصه کشف حقیقی را استفاده کردند، پس بحث در حکم شرعی مسأله است و حق قول به کشف است.

قوله: فلو قصد:

گویا کسی می پرسد: ثمره اینکه بحث مزبور یک بحث لغوی می باشد یا شرعی، چیست؟ در جواب فرمایند: اگر فقهی کشف را اختیار کرد و گفت: اجازه کاشفه است، ولی مالک مجیز معامله را از اول امضا نکرد بلکه از زمان اجازه امضا کرد و قصدش این بود که از حالا به بعد نقل و انتقال صورت بگیرد نه از اول، در اینجا اگر کاشفیت اجازه وضعی و لغوی باشد، تصرف در آن و اراده خلاف ظاهر و اقامه قرینه بر این مراد روا است و در نتیجه قصد مجیز مقدم است ولی اگر کاشفیت آن شرعی و مفاد ادله باشد قصد مجیز با مفاد ادله منافی است و لذا در حکم به صحت دو وجه وجود دارد: (۱)- باطل است چون ما أُجِزَ لم يقع و ما وقع لم يُجَزَ ۲- صحیح است و به قصد مجیز اعتنا نمی شود.)

و نیز اگر فقهی نقل را اختیار کرد و اجازه را ناقله دانست ولی مالک مجیز قصدش امضای عقد از زمان عقد بود باز اگر ناقلیت مربوط به معنای اجازه باشد قابل دخل و

تصرف است و قصد مجیز قرینه بر خلاف آن می شود و طبق قصد او حکم به صحت می شود (مثل اسد که به معنای حیوان مفترس است ولی با آمدن قرینه از آن معنی عدول می کند). ولی اگر مربوط به شارع و مفاد دلیل باشد، ما قصده المجیز با ما أمضاه الشارع و افاده الدلیل فرق دارد و همان دو وجه در اینجا نیز جاری است.

تنبيه دوم:

تنبيه دوم از تنبيهات اجازه راجع به مراتب گوناگون اجازه است و اینکه اجازه به وسیله چه عوامل و اسبابی محقق می شود؟ در مجموع پنج امر را ذکر می کنند:

- ۱- به وسیله لفظی که نص و صریح در اجازه باشد محقق می شود، مثل اجزئت البیع.
- ۲- به وسیله لفظی که نص خالص نیست ولی صریح عرفی است یعنی ظهور و دلالت روشن عرفی دارد، محقق می شود مثل الفاظ: امضیت، انفذت، رضیت و...
- ۳- از روایت عروه بارقی استفاده می شود که حتی با الفاظ کنایی هم (ذکر لازم و اراده ملزوم) واقع می شود زیرا در مورد حدیث پیامبر ﷺ فرمود: اجزئت و امضیت و... بلکه فرمود: بارک الله فی صفقة یمینک، یعنی خداوند به معامله تو برکت دهد، که کنایه از رضایت حضرت به این معامله است.

شیخ اعظم می فرماید: بعید نیست که کنایه اگر از چیزهایی باشد که عرف بر آن اتکال و اعتماد می کنند، کفایت بکند و لفظ صریح لازم نباشد (و تعبیر مذکور مورد اتکال عرف است و در معاطات فراوان می گویند: خدا برکت دهد، خیرش را ببینی، به خوبی و خوشی از آن استفاده کنی و... که کنایه از رضایت است).

- ۴- اگر به زبان نیاورد و اجازه قولی نیاید ولی مالک اصلی پس از اطلاع از معامله فضولی کاری بکند که کاشف از رضایت است، همین رضایت فعلی هم کفایت می کند، فی المثل فضولی متاع او را فروخته و او وقتی فهمید چیزی نگفت ولی در ثمن متاعش تصرف کرد، این تصرف علامت رضای او به بیع است. یا فضولی متاع کسی را فروخت و دوباره با ثمن آنهم معامله دیگری انجام داد، و مالک اصلی این معامله دوم را امضا کرد که به معنای امضای اولی هم هست. و یا مثلاً زوجه ای که فضولی او را به عقد مردی در آورده بود وقتی باخبر شد عملاً در برابر آن زوج تمکین کرد و تسلیم شد، این تمکین عملی کاشف از رضای زن به نکاح است.

قوله: و ربما يحكى:

به عقیده ما در باب اجازه وجود قول به نقل و لفظ لازم نیست، فعل کاشف هم کافی است، ولی به بعضی فقهاء نسبت داده شده که آنان قول و لفظ را در اجازه شرط می‌دانند،^۱ برخی هم صریحاً گفته‌اند باید لفظ باشد بعضی هم ظهور کلامشان این است که: قول باشد و برای اینان استدلالی هم شده: اجازه مثل بیع است و همانطوری که در بیع استقرار ملک یعنی لزوم آن منوط به قول و بیع قولی بود هکذا در اجازه هم که می‌خواهد مفید ملک لازم شود و با اجازه ملک مستقر شود، قول و لفظ لازم است.

شیخ اعظم می‌فرماید: این استدلال شبیه مصادره به مطلوب است، زیرا اولاً اینکه اجازه مثل بیع باشد اول کلام و محلّ نزاع است و مسلم نیست. و ثانیاً بر فرض اجازه مثل بیع باشد ولی اینکه در بیع استقرار ملک حتماً باید در گرو بیع قولی باشد و معاطات مفید لزوم نیست، اول کلام است و در باب معاطات از نظر قواعد ثابت کردیم که مفید لزوم است و تنها اجماع مانع بود. پس این استدلال درست نیست.

سپس در مقام توجیه بر آمده و می‌فرمایند: مگر مراد اینان مسأله استقراء باشد یعنی ما رفیم و موارد ناقل اختیاری (در قبال قهری کالارث) مفید لزوم (در مقابل نواقلی که مفید ملک جایز و متزلزل هستند). را تتبع کردیم و هر جا سخن از لزوم بود قول مطرح بود، و اجازه هم می‌خواهد مفید نقل اختیاری لازم و مستقر باشد پس باید قولی باشد. مرحوم شیخ می‌فرماید: این بیان هم محلّ نظر است. (زیرا استقراء تام که حاصل نیست و ناقص هم که ارزشی ندارد).

هـ-قوله: بل لولا:

عبارت جماعتی از معاصرین بوی اجماع می‌دهد و گویا می‌خواهند بگویند: لزوم لفظ در باب اجازه اجماعی است. حال اگر این شبهه نباشد ما جزماً می‌گوییم: در باب اجازه نه تنها انشاء لفظی لازم نیست، بلکه انشاء فعلی هم لازم نیست و مجرد رضایت باطنی و قلبی مالک کفایت می‌کند، یعنی به مجرد احراز رضایت مالک (از هر راهی که احراز شود) حکم به صحّت و لزوم بیع فضولی می‌کنیم، و از فتاویٰ فراوانی و نیز بسیاری از

نصوص همین امر مستفاد است و ذیلاً شواهد فراوانی از فتاوی و نصوص می آوریم:

۱- در اینکه آیا سکوت مالک اصلی کافی است و اجازه محسوب می شود یا نه؟ جماعتی گفته اند: سکوت کافی نیست، به این دلیل که سکوت اعمّ از رضا است. کیفیت استشهاد: در مقابل تعلیل فرمودند: چون لفظ نیست کفایت نمی کند، بلکه فرمودند: چون سکوت اعمّ است و دالّ بر رضا نیست کافی نیست، پس ملاک رضایت مالک است و اینکه به نحوی رضای او برای ما معلوم شود.

۲- شخصی ادّعی وکالت از کسی کرده و می گوید: این متاع را به وکالت از سوی فلانی خریده ام و آن موکّل این اذن در وکالت را انکار می کند و قسم می خورد، در این مسأله جماعتی از فقهاء فرموده اند: به دنبال قسم معامله خود به خود منفسخ می گردد، به دلیل اینکه قسم دلیل بر کراهت آن موکّل نسبت به این معامله است. ملاحظه می فرمایید که باز هم ملاک بطلان را کراهت عنوان کرده اند و به قرینه مقابله ملاک صحت و لزوم رضایت باطنی است.

۳- در این مسأله که دختر باکره ای را فضولی به عقد کسی در آورده، فقهاء فرموده اند: سکوت دختر برای صحّت نکاح کافی است. حال منظور این نیست که: اینجا اجازه لازم نیست بلکه منظور این است که: در اینگونه موارد سکوت علامت رضایت است و به این مناط کفایت می کند، البته سکوت باکره موجب یقین به رضایت او نیست ولی ظهور در رضایت دارد و همین کافی است وگرنه کسب یقین به رضایت هم برای خود باکره حرجی است که حیا و شرم می کند، و هم برای ما حرجی است که بخواهیم اصرار بر اجازه زبانی او داشته باشیم.

۴- کلیّه کسانی که در باب اجازه گفته اند: قول لازم نیست و فعلی هم که کاشف از رضایت مالک باشد کافی است (مثل تمکین زن، تصرّف مالک در ثمن و...) منظورشان این نیست که این فعل موضوعیّت دارد و تعبداً باید باشد بلکه منظورشان این است که چون این فعل کاشف از رضا است کافی می باشد، یعنی باز هم مناط احراز رضایت است.

۵- در باب شخص مکره بسیاری از فقهاء فرموده اند: اگر پس از رفع اکراه، مکره از کاری که کرده راضی شد معامله اش صحیح است. ملاحظه می کنید که تعبیر به رضایت

کرده‌اند که ظهور در طیب نفس دارد و تعبیر به اجازہ نکرده‌اند تا ظهور در اجازہ قوی داشته باشد.

۶- روایتی داریم مبنی بر اینکه: اگر زنی در حال مستی خود را به عقد مردی درآورده است و بعد از اینکه حالت سُکر او بر طرف شد و افاقه پیدا کرد در خانه آن مرد ماند و با او زندگی کرد، روایت می‌گوید: خود این ماندن (بدون قول یا فعل تمکین) رضایت او را می‌رساند و همین کافی است. باز مناط رضای باطنی است. (متن روایت: عن ابن بزیع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرت النبیذ فسکرت فزوجت نفسها رجلاً فی سکرها ثم افاقت فانکرت ذلک، ثم ظنّت انه یلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل علی ذلک التزویج احلال هولها ام التزویج فاسد، لمکان السکر، ولا سیل للزوج علیها؟ فقال: اذا اقامت معه بعدان افاقت فهو رضاً منه، قلت: و یجوز ذلک التزویج علیها؟ فقال: نعم.)^۱

(نکته: در مورد حدیث، سخن از تزویج خود زن مست است که خودش عقد خوانده و می‌دانیم که عبارت آدم سکران مثل آدم مجنون ارزشی ندارد و وی از اوّل مسلوب العبارة است پس چگونه با رضای بعدی صحیح می‌شود؟ دو توجیه ذکر شده: ۱- خودش عقد نخوانده و شخص دیگر فضولتاً او را در حال مستی اش به عقد مردی در آورده است... ۲- خودش عقد خوانده ولی قبل از آنکه کاملاً مست شود و عقل از سرش زائل شود بلکه هنوز مراحل اوّلیه مستی بوده و مثل سفیه بوده و مسلوب العبارة نبوده) ۷- مشهور در مقابل استدلال بر کاشفیّ اجازہ چنین گفتند: عقد فضولی جامع جمیع شروط است و تنها یک شرط را ندارد و آن رضایت مالک است. آن شرط هم که حاصل شد سبب تام که خود عقد باشد تأثیر خود را گذاشته و از اوّل ملکیت و نقل و انتقال می‌آید. ملاحظه می‌فرمایید که: باز سخن از رضای مالک است و تعبیر به رضایت شده نه اجازہ. و بالجمله: با این همه شواهد باز هم ادّعی اجماع کردن بر لزوم لفظ در باب اجازہ ادّعی گزافی است و آسانتر از اثبات آن خرط قتاد (کندن خارهای درخت خار دار با دست باز) است.

۸- عموماً صحت و لزوم بیع، بیع فضولی را هم شامل می‌شود و تنها مخصّص

این عموماً ادله طیب نفس است که می‌گوید: باید مالک اصلی هم راضی باشد و بیش از رضایت و طیب نفس دلیلی ندارد که حتماً اجازه قولی یا فعلی در بین باشد.

۹- در روایاتی چنین آمده: اگر عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرد و وقتی مولی از این تزویج مطلع شد در برابر آن سکوت کرد همین سکوت اقراری از مولی به نفع عبد بر امر نکاح است. و لازم نیست قول یا فعلی باشد. ملاحظه می‌کنید که چون این سکوت اقرار و رضایت محسوب می‌شود کفایت می‌کند.^۱

۱۰- روایاتی که می‌گوید: اگر عبدی بدون اذن مولی ازدواج کرد و مولی وقتی خبردار شد به عبدش گفت: او را طلاق بده، همین کلام اقرار به نکاح و رضایت به آن است و بدلالیت اقتضا بر امضای نکاح دلالت دارد. و مناط رضایت است.^۲

۱۱- روایاتی که می‌گوید: تنها مانع از لزوم نکاح عبد بدون اذن مولی، مسأله معصیت مولی است که آنهم با رضایت مولی مرتفع می‌شود. پس مناط رضایت است.

۱۲- روایاتی که می‌گوید: اگر ذی الخیار در مدت خیار در مال دیگری تصرف کند این به معنای رضایت او به اصل معامله است و رضایت که آمد حق الخیار او ساقط می‌شود.^۳

قوله: بقی فی المقام:

تا اینجا با شواهد گوناگون ثابت کردیم که: در باب اجازه در بیع فضولی نه قول معتبر است و نه فعل بلکه مجرد احرار رضایت باطنی مالک کفایت می‌کند، ولی در اینجا مشکله‌ای مطرح است و آن اینکه: در معامله فضولی، مالک اصلی در حال معامله در واقع سه صورت دارد:

۱- در واقع راضی به معامله است و طرفین معامله علم به رضایت او دارند یا بعداً خودش ابراز کرد که از اول راضی بوده

۲- در واقع کاره بوده و نسبت به این معامله کراهت باطنی داشته، طرفین می‌دانستند یا بعداً فهمیدند.

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳ باب ۲۴ حدیث ۱ و ۲.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۵ باب ۲۶ حدیث اول و

۳. وسائل السیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۱ باب ۴ حدیث اول و

۳- در واقع اصلاً از معامله خبر نداشته و قلباً هم نسبت به بیع فلان متاع تصمیمی نداشته پس نه رضایت بوده و نه کراہت آری بعداً کہ فهمید رضایت یا کراہت پیدا کرد. حال آنچه تا بہ حال بیان شد مربوط بہ صورت سوّم بود و گفتیم: ملاک رضایت باطنی است و چیز دیگر لازم نیست. ولی اشکال مربوط بہ دو فرض دیگر است:

اماّ نسبت بہ صورت اوّل: اگر رضایت لاحق و بعد از معامله کفایت می کند و مفید لزوم معامله فصولی است پس باید بہ طریق اولی رضایت مقارن یا سابق کافی باشد و از اوّل موجب لزوم باشد و اصلاً معامله فصولی نباشد و نیازی هم بہ اجازه لاحق نباشد، زیرا وقتی وجود لاحق رضایت مفید و مؤثر در لزوم است پس وجود سابق و مقارن اولی است کہ مفید و مؤثر باشد. در حالی کہ مشہور بہ این لازم ملتزم نیستند، و صرف رضای مقارن و سابق و علم بہ آن را کافی نمی دانند و می گویند: باید بعد از معامله هم آن را امضا و اجازه کند پس رضای لاحق بہ طریق اولی کافی نیست و باید اجازه قولی یا فعلی بیاید. (این اشکال بر مبنای مشہور وارد است کہ با علم بہ رضایت باطنی مالک هم می گفتند: معامله از فصولی بودن خارج نمی شود، ولی بر مسلک شیخ اعظم کہ چنین معامله ای را موضوعاً از فصولی خارج می دانست جای این اشکال نیست.)

و اماّ نسبت بہ فرض دوّم: اگر مجرّد رضای باطنی مفید لزوم باشد، بہ قرینہ مقابلہ باید مجرّد کراہت باطنی هم موجب فسخ و بطلان باشد و در نتیجہ مثل مسأله دوّم از مسائل بیع فصولی کہ همراه با نہی مالک بود باید معامله از اساس باطل باشد چون وقتی قبل از معامله نہی می کند، این نہی کاشف از کراہت باطنی است و معمولاً کسی کہ در حین عقد کارہ است آنی و آناتی پس از عقد هم کارہ است پس کراہت باطنی باید مبطل باشد، و بلکہ در مثل بیع مکرہ کہ از اوّل مکرہ بوده و بعد از رفع اکراہ راضی می شود حکم بہ بطلان شود. در حالی کہ مشہور بہ این لازم ملتزم نیستند. و در مسأله ثانیہ حکم بہ صحت کرده اند و با اجازه مالک مفید لزوم دانسته اند، در بیع مکرہ نیز با لحوق رضایت بعدی حکم بہ صحت کرده اند، پس معلوم می شود کراہت باطنی قاذح نیست، پس بہ قرینہ مقابلہ رضای باطنی هم نباید مفید و مؤثر باشد. (مگر از این اشکال هم جواب دہیم کہ فسخ و اجازه با هم فرق دارند، در باب فسخ مجرّد کراہت باطنی کافی نیست چون دلیل ندارد ولی در باب اجازه مجرّد رضای باطنی و طیب نفس کافی است چون دلیل دارد.)

نتیجه: اگر اشکال مزبور وارد باشد باید گفت: مجرد رضای باطنی کافی نیست و حتماً انشاء رضایت شود که آنهم یا به قول است یا به فعل.

تنبيه سوم:

تنبيه سوم از تنبيهات اجازه آن است که: یکی از شروط تأثیر گذاری اجازه در صحّت و لزوم معامله فصولی آن است که: اجازه مسبوق به ردّ نباشد یعنی چنین نباشد که اول که مطلع شد معامله را ردّ کند و سپس اجازه نماید، اگر مسبوق به ردّ بود اثر ندارد، زیرا با فسخ معامله و ردّ آن، معامله خود به خود منفسخ شد و چیزی نمی ماند که اجازه به آن ملحق شود و مفید و مؤثر باشد.

قوله: والدلیل:

در اینجا سه دلیل می آورند مبنی بر اینکه: اجازه مسبوق به ردّ اثر ندارد و باید مسبوق به ردّ نباشد:

۱- ادّعی اجماع: بعضی کلمات ظهور در اجماع دارند و برخی تصریح به اجماع دارند.

۲- اجازه مالک باعث می شود که مالک اصلی یکی از دو طرف عقد و معامله محسوب شود وگرنه عموم اوفوا بالعقود او را شامل نمی شود و وی مکلف به وجوب وفاء نمی گردد، زیرا این عموم مخصوص عاقدها است یعنی ای کسانی که عاقد یا به منزله عاقد هستید بر شما واجب است که به عقدتان وفا کنید «صغری»

و در جای خود بیان شده که میان دو طرف عقد (ایجاب و قبول) نباید چیزی که مخّل و مبطل است و معاهده را به هم می زند و عقد را از تأثیر می اندازد فاصله شود (مثلاً موجب قبل از قبول قابل از ایجاب بر نگردد و آن را ابطال نکند) وگرنه عقدی نخواهد بود تا وفا واجب باشد «کبری» نتیجه آن است که میان عقد فصولی و اجازه مالک اصلی نباید فسخ فاصله شود، و خلاصه اینکه اجازه نباید مسبوق به ردّ باشد.

۳- عموم حدیث سلطنت: این عموم می گوید: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، پس به حکم این عموم مالک اصلی حق دارد علاقه و ارتباط غیر (مشتري اصیل) را از مال خویش قطع کند و اگر فسخ کرد آن علاقه منقطع می شود آنگاه چیزی نمی ماند که با اجازه بعدی صحیح و لازم شود.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: حدیث سلطنت مثل شمشیر دو دم است که یک ضربه به خصم می‌زند و به همان نسبت دست خود انسان را می‌برد، یعنی اگر به حکم این عموم بگوییم: مالک اصلی حق دارد علاقه را قطع کند، پس به حکم همین عموم باید گفت: وی حق دارد اجازه کرده و علاقه را ایجاد کند، پس باید امضا و اجازه پس از ردّ هم مقبول باشد وگرنه سلطنت مالک محدود شده و یا اشاره باشد به اینکه: الناس مسلّطون علی اموالهم نه اینکه مسلّط بر احکام اموال هم باشند.

قوله: نعم:

گرچه ما به سه دلیل ثابت کردیم که اجازه نباید مسبوق به ردّ باشد وگرنه تأثیری ندارد، ولی این تبصره را هم می‌زنیم که: از روایت صحیح محمد بن قیس در مورد «ولیده الاب» استفاده می‌شود که اجازه مسبوق به ردّ هم موجب لزوم است (چون مولای جاریه که از سفر آمد اول جاریه را از مشتری گرفت و برد که ظاهرش ردّ بیع است ولی بعد که فرزند مولی را گروگان گرفتند و... مجبور شد امضا کند. پس اجازه مسبوق به ردّ است).

قوله: اللهم:

مگر از این حدیث هم جواب دهیم که ردّ فعلی (چون در مورد حدیث ردّ قولی نیست و نگفت: «رددت» بلکه عملاً جاریه را گرفت و برد.) کفایت نمی‌کند و باید انشاء فسخ کند که نکرده، پس در مورد حدیث هم اجازه مسبوق به ردّ نیست.

قوله: و دعوی:

اگر کسی بگوید: ما شنیده‌ایم که فسخ معاملات لازم گاهی به قول است و گاهی به فعل و اگر در معاملات لازم فسخ قولی مؤثر است پس در ما نحن فیه و بیع فضولی باید به طریق اولی فسخ فعلی مفید باشد.

قوله: یدفعها:

در جواب می‌گوییم: آری فسخ فعلی دادیم ولی نه هر فعلی، بلکه خصوص افعالی که از لوازم و آثار ملک باشد، مثلاً جاریه‌ای را فروخته و بعد با او وطی کند یا آزادش کند یا به دیگری بفروشد که این کارها لازمه ملک است چون «لا وطی الآ فی ملک»، «لا عتق الآ فی ملک»، «لا بیع الآ فی ملک و...» و این افعال به معنای فسخ معامله است ولی اخذ جاریه از این کارها نیست.

قوله: وبالجملة:

قاعده کلی آن است که در کلیه التزامات و معاهدات اجازه و امضائی که به دنبال فسخ باشد ارزشی ندارد، آنگاه اگر روایت صحیحۀ محمد بن قیس ظهور در خلاف این قاعده داشت و دلالت می کرد که اجازه مسبوق به ردّ هم ارزش دارد یا باید طرح شود و یا تأویل و توجیه شود. (به این که اخذ جاریه به عنوان ردّ نبوده بلکه برای این بود که جاریه را حبس کند تا ثمن آن را دریافت کند و یا در مورد خصوص این واقعه امام علی علیه السلام می دانست که مولای ولیده قبلاً اذن داده بوده و الان انکار می کند و لذا تدبیری اندیشید که حقّ به صاحب حق برسد...) پس به عقیده مرحوم شیخ: شرط تأثیر اجازه آن است که مسبوق به ردّ نباشد.

تنبیه چهارم:

تنبیه چهارم از تنبیّهات مسأله اجازه در بارۀ این است که: آیا اجازه حکمی از احکام شرعیّه است؟ یا حقّی از حقوق مالکیّه؟ (در مورد ضابطه حکم شرعی و حقّ سخن بسیار است و مآلاً یک ضابطه مشخصی عرضه نشده است، و تا حدودی در آغاز کتاب البیع در این زمینه بحث کردیم، و در اوّل باب خیارات هم تا اندازه ای بحث خواهیم کرد، و فعلاً به دو مشخصه از ممیّزات حکم و حق اشاره می کنیم: ۱- حکم شرعی تابع موضوع خویش است و تا موضوع باشد حکم نیز هست و همین که موضوع منتفی شد حکم هم منتفی می شود چون موضوع ندارد. و قابل نقل و انتقال هم نیست، ولی حقّ قابل نقل و انتقال است و لذا حق الخیار و حق الشفعه و مانند آن به ارث به ورثه منتقل می شود. ۲- حقّ آن است که زمام امرش در دست صاحب حق باشد و اگر خواست آن را اعمال کرده از آن به نفع خویش بهره برداری نماید و اگر خواست آنرا اسقاط می کند ولی حکم شرعی زمام امرش در دست شارع است و ربطی به مکلف ندارد و چنین نیست که اگر مکلف آن را اسقاط کرد ساقط شود، فی المثل جواز تصرف در مال حکمی است که شرع و عرف و عقل برای مالک قائل است و هر انسانی بر اموال خویش سلطنت داشته و می تواند در آن تصرف کند و چنین نیست که با اسقاط جواز تصرف، جواز از بین برود، آری با بیع و هبه و وقف و عتق و سایر نواقل می تواند مال را از ملک خویش خارج ساخته و تصرف در آن را بر خود حرام کند ولی تا ملک او است جواز تصرف هم دارد.)

مرحوم شیخ می‌فرماید: اجازه حکمی از احکام شرعی و اثری از آثار سلطنت مالک نسبت به مال خودش می‌باشد و تمام موضوع آن شخص مالک به عنوان مالک بودن است (و یا وکیل و ولی که به منزله مالک می‌باشند). و تنها مالک است که شرعاً می‌تواند معامله فضولی را امضا کند، و به قول عربها: له ان یجیز، اما این به معنای له آن یفسخ العقد و له آن یسقط خیاره نیست بلکه از قبیل له آن بیع است (بلکه خود او است منتهی گاهی مباشری است گاهی تسبیبی) و مرجع له ان یجیز و له ان بیع و له ان یهب و یعتق و... به این است که: له ان یتصرف ای یجوز له التصرف، و دلیل تمام اینها عموم قاعده سلطنت و حدیث الناس مسلطون علی اموالهم می‌باشد و صد بار مالک اصلی بگوید: من اجازه‌ام را اسقاط می‌کنم، جواز بیع را اسقاط می‌کنم، جواز تصرف را اسقاط می‌کنم ولی هرگز ساقط نمی‌شود. پس جواز اجازه حکم شرعی است نه حق مالکی.

قوله: فلومات:

متفرع بر اینکه اجازه حکم است: اگر فضولی متاع کسی را فروخت و مالک اصلی پیش از اجازه از دنیا رفت خود اجازه به ورثه منتقل نمی‌شود و قابل ارث بردن نیست (در حالی که حق قابل ارث بردن است). بلکه ورثه خود عین مال فروخته شده را به ارث می‌برند و سپس مالک می‌شوند و بعد به عنوان اینکه مالک هستند می‌توانند اجازه کنند (اجازه‌ای که حکم مالک اصلی بود با مرگ او از بین رفت و اجازه‌ای که حکم و ارث است حکم جدیدی است که با تحقق عنوان مالکیت برای آنها درست می‌شود). تنها اشکالی که می‌تواند کسی بکند آن است که: فرع مزبور مستلزم آن است که مجیز غیر از مالک در حال عقد باشد (مجیز وارث است ولی مالک در حال عقد موثر بود). اینهم محذوری ندارد و در آینده در مسئله من باع مال ایبه فبان میتاً (فرزندی اموال پدرش را می‌فروشد بعد معلوم می‌شود که پدر مرده بود، یا در حال عقد و فرزند در واقع مال خود را فروخته، یا بعد از عقد مرده که الان خود باید اجازه دهد). خواهد آمد.

قوله: والفرق:

گویا کسی می‌پرسد: ثمره عملی این مطلب کجا ظاهر می‌شود؟ چه فرق است بین اینکه بگوییم: وارث خود عین را به ارث می‌برد و بعد که مالک شد می‌تواند اجازه کند (اجازه را غیر مستقیم ارث برده) و یا مستقیماً خود اجازه را ارث ببرد و اجازه حق باشد؟

می فرماید: فرق ایندو با تأمل ظاهر می شود. «در حواشی مکاسب دو نمونه برای بیان ثمره و فرق آوردند:

۱- می دانیم که در اسلام زوجه از اموال غیر منقول ارث نمی برد. حال فضولی باغ یا زمین کسی را فروخته و مالک اصلی پیش از اجازه از دنیا رفت، در اینجا اگر بگوییم: خود زمین به ورثه منتقل می شود و بعد که مالک شدند می توانند معامله مزبور را امضا کنند، زوجه از این بخش سهمی ندارد و ارث نمی برد و اجازه او نقشی ندارد. ولی اگر اجازه را حق دانسته و قابل ارث بردن دانستیم زوجه نیز از این حق ارث می برد و در نتیجه اجازه یا رد او هم در صحت و بطلان معامله دخیل است و اگر اجازه کرد معامله صحیح و لازم می شود و سایر ورثه حق فسخ ندارند، ولو در نتیجه چیزی به خود زن عائد نمی شود، ولی حق دارد اجازه یا رد کند.

۲- فضولی مال کسی را فروخت و مالک اصلی قبل از اجازه مُرد، و ورثه او جمعی هستند در اینجا اگر خود عین را ارث ببرند و وقتی مالک شدند بتوانند اجازه کنند، هرکس به اندازه سهم خویش حق اجازه دارد نه بیشتر، قانون شرکت این است که اگر فضولی مالی را که میان چند نفر به طور مشاع مشترک است بفروشد، همه شرکاء باید امضا کنند. ولی اگر خود اجازه را مستقیماً ارث ببرند، در باب خیارات خواهد آمد که سه مسلک وجود دارد و یکی از آنها این است که: حق الخيار یا حق الاجازه و... یک حق بیشتر نیست و یک بار بیشتر قابل اعمال نیست، پس اگر یکی از ورثه اقدام کرد و جلوتر از دیگران معامله را امضا یا فسخ کرد، سایر ورثه مجبورند تسلیم شوند و برای آنها حقی نمی ماند تا اعمال یا اسقاط شود. البته قول دیگر اینست که: هرکسی نسبت به سهم خویش حق اجازه رد دارد، و قول سوم این است که: مجموع من حیث المجموع دخالت دارد، یعنی همه وراث باید اجازه کنند و اجازه هر کدام علت تامه نیست بلکه جزء علت است، و تفصیل این اقوال در جای خود خواهد آمد.»

تنبیه پنجم:

تنبیه پنجم از تنبیهاست مسأله اجازه راجع به این است که: گاهی فضولی علاوه بر اینکه مال مردم را فروخته، قبض و اقباض هم انجام داده یعنی ثمن را از مشتری اصیل گرفته و مثنی را هم به قبض مشتری داده است. سؤال این است که: آیا اجازه اصل بیع فضولی از

سوی مالک اصلی به معنای اجازه و امضای قبض و اقباض نیز می باشد؟ یا خیر؟ در جواب می فرمایند: خیر امضای اصل معامله به معنای امضای قبض و اقباض نیست زیرا نه عینیت و دلالت مطابقه در کار است (بیع که عین قبض و اقباض نیست تا اجازه یکی عین اجازه دیگری باشد) و نه استلزام و دلالت التزامی در کار است. (میان آندو لزوم بین و غیر بینی وجود ندارد، آری گاهی به دلالت اقتضاء امضاء یکی امضاء دیگری هم هست که در ادامه خواهد آمد.)

قوله: ولو اجازهما:

به طور کلی مسأله چهار صورت دارد:

۱- مالک اصلی وقتی مطلع شد هم قبض و اقباض را رد کرد و هم معامله را: این صورت حکمش روشن است که معامله باطل است و قابض یعنی مشتری ضامن است و اگر مبیع نزد او تلف شد باید از عهده خسارت برآید.

۲- مالک اصلی هر دو را صریحاً یا ضمناً اجازه کرد، هم اصل معامله را و هم قبض و اقباض فضولی را: در این فرض هم بلاشکال اجازه مالک ماضی و نافذ مؤثر است اما نسبت به اصل معامله که پر واضح است زیرا تا به حال مفضلاً بحث شد که صحت بیع فضولی منوط به اجازه مالک است. و اما نسبت به قبض و اقباض: اگر اصل معامله بدون قبض امضاء می شد، مشتری ضامن ثمن بود و می بایست آن را به مالک اصلی تسلیم کند. حال معنای امضاء قبض فضولی آن است که: مالک همین قبض را قبول دارد و گویا خودش گرفته یا با همین کلام فضولی را وکیل در قبض کرده و ثمن به دست وکیل او رسیده و از این پس ضمانت تسلیم ثمن از عهده مشتری بر داشته می شود.

و نیز اگر معامله بدون اقباض مثنی امضاء می شد مالک اصلی ضامن مثنی بود و بایستی آن را به مشتری تسلیم می کرد، و معنای امضاء اقباض فضولی آن است که: مبیع با رضایت مالک اصلی در دست مشتری قرار گرفته و رسیدن از دو دست مالک اصلی به مشتری که موضوعیت ندارد، مهم اصل ایصال و وصول مع التراضی است به هر شکلی که اتفاق بیفتد و فضولی آلت ایصال بوده، آنگاه بدنبال اقباض کذائی تمام آثار و احکام شرعی قبض مبیع بر این مترتب می شود (از قبیل عدم جواز استرداد مبیع به منظور تسلیم و گرفتن ثمن، و از قبیل عدم ضمانت مالک اصلی اگر مبیع در دست مشتری تلف شود،

زیرا قانون این است که: کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ولی بعد از قبض مال مشتری است و تلف از مال او است و ربطی به بايع ندارد.)

قوله: ولکن:

البته این که گفتیم: مالک اصلی می تواند قبض ثمن از سوی فضولی را اجازه کند، در فرضی است که معامله روی ثمن معین و عین خارجی انجام شده باشد و اما اگر ثمن، کلی و در ذمه مشتری بود و در خارج صد تومان را به عنوان وفای ذمه و اداء آن و تفریغ ذمه به فضولی داد، اجازه مالک برای تصحیح چنین قبضی هم مؤثر باشد مشکل است، (زیرا ادله صحّت معامله فضولی می گوید: معامله با اجازه مالک صحیح است و در اینجا قبض که معامله نیست بلکه وفای به معامله ای است که قبلاً انجام شده و باید قبض صحیح باشد تا ثبری ذمه باشد و آن قبض مالک یا وکیل یا ولی است نه قبض فضولی و لذا دلیلی بر مؤثر بودی اجازه در این و صحّت این قبض با اجازه نداریم و کار مشکل است.)

قوله: وعن المختلف:

این فراز شاهی بر اصل مطلب تنبیه پنجم است: علامه در مختلف از قول شیخ طوسی فتوایی را آورده که اگر مالک اصلی بیع غاصب را (که فضولی است) امضاء کرد، حق ندارد ثمن را از مشتری مطالبه کند (بلکه از خود غاصب باید بگیرد) و این به معنای اینست که امضاء بیع امضاء قبض نیز هست^۱ سپس خود علامه آن را رد کرده و فرموده: امضاء خود عقد مستلزم امضاء قبض نیست و میان آندو ملازمه ای وجود ندارد.^۲ (پس حق مطالبه از خود مشتری دارد.)

۳- مالک اصلی اصل معامله را امضاء کرد ولی نسبت به قبض و اقباض سکوت کرد و نفیاً و اثباتاً چیزی نگفت: این فرض خودش دو شعبه دارد:

الف: امضاء معامله و عدم امضاء قبض و اقباض مستلزم لغو و عبث بودن امضاء اصل معامله نیست چنانکه نوعاً چنین است در اینجا اصل معامله صحیح و لازم می شود ولی قبض و اقباض مزبور اعتباری ندارد و جدیداً باید حاصل شود.

ب: امضاء معامله بدون امضاء قبض و اقباض لغو و عبث است. مثلاً بیع صرف یا سلم از سوی فضولی انجام شده که قبض یا تقابض در مجلس شرط صحّت آن است، آنهم قبض در مجلس معامله (بر مسلک کشف) حال اگر مالک خود معامله را امضا کند، این به تنهایی اثر ندارد، چون قبض و اقباض شرط صحّت است که آن را امضاء نکرده و سکوت کرده، و لذا به حکم دلالت اقتضاء و به منظور خروج این اجازه از لغویت می‌گوییم: امضاء عقد در این موارد امضاء قبض و اقباض هم هست.

۴- مالک اصلی خود معامله را امضاء کرد ولی قبض و اقباض را صریحاً ردّ کرد: این نیز دو شعبه دارد:

الف: امضاء اصل معامله لغو نیست چنانکه نوعاً چنین است. اینجا اصل معامله صحیح و لازم و قبض و اقباض باید جداگانه انجام بگیرد و احکام ضمان و وجوب تسلیم و... ثابت است.

ب: امضاء اصل معامله بدون امضاء اجازه لغو است مثل معامله صرف و سلم، در اینجا چون تفکیک ممکن نیست یا باید بگوییم امضاء معامله صحیح و مؤثر است و ردّ قبض و اقباض باطل و بی اثر است. و هر دو درست هستند و یا باید بگوییم: ردّ قبض و اقباض صحیح و مؤثر است و امضاء معامله بی اثر و هر دو باطل هستند.

(البته فرض پنجمی هم قابل تصویر است که: قبض و اقباض را امضاء کند ولی اصل معامله را امضاء نکند، که این از بحث خارج است و از باب امانت بودن و غیره می‌شود.)
تنبيه ششم:

آیا در اجازه مالک اصلی فوریت معتبر است و به مجرد اطلاع یافتن از معامله مزبور باید در اسرع وقت و اولین فرصت ممکن آن را اجازه کند و حق ندارد تأخیر بیاندازد؟ یا تراخی هم جایز است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: فوریت شرط صحّت نیست و با تأخیر هم اگر اجازه کرد معامله صحیح و لازم می‌شود، و دلیل جواز تأخیر عبارت است از:
الف: عمومات و اطلاقات صحّت و لزوم معامله از قبیل تجارة عن تراض، أحلّ الله البيع، اوفوا بالعقود و... هیچ کدام مقید به فوریت نیست.

ب: صحیحة محمد بن قیس هم در موردی بود که وقتی مولای ولیده از سفر آمد برای مدّتی با مشتری کشمکش داشتند و در پایان ناچار شد و بیع ولیده را امضاء کرد، که

قطعاً فوریت نبوده و با تأخیر اجازه شده معذک امام علیه السلام حکم به صحّت کرد و نفرمود: این اجازه بی اثر است.

ج: اطلاعاتی که در مسأله اوّل از مسائل فضولی به عنوان مؤیدات آوردیم، از قبیل: اخبار اتّجار به مال یتیم، روایات تجارت عامل مضارب و... که مقید به فوریت اجازه نبود و اطلاق کاشف از عدم اشتراط فوریت بود. پس تأخیر هم جایز است.

قوله: فلو لم یجز:

حالا اگر مالک اصلی ماطله کرد و برای مدّتی نه اجازه کرد و نه ردّ، به گونه‌ای که مشتری اصیل متضرّر شد (زیرا وی در این مدت نه حق دارد در منتقلّ عنه تصرف کند و نه در منتقل الیه و دست او کاملاً بسته است، و این ضرر است. البته همه اینها بر مبنای کاشفیت اجازه است، وگرنه بر مبنای نقل او می‌تواند در منتقل عنه تصرف کند و جلوی ضرر خویش را بگیرد.) در اینجا قانون لاضرر می‌گوید او نباید متضرر شود و لذا برای دفع ضرر از او دو راه وجود دارد:

۱- برای مشتری اصیل حقّ الخيار قائل شویم و بگوییم: به حکم لاضرر او می‌تواند صبر کند و یا معامله را یکجانبه فسخ کند.

۲- و یا به حاکم شرع مراجعه کند و حاکم مالک اصلی را تحت فشار گذاشته و او را ملزم کند که یا معامله را امضاء کن و یا ردّ کن و مشتری را از بلا تکلیفی خارج کن.

تنبيه هفتم:

تنبيه هفتم از تنبيهاتِ مسأله اجازه درباره اینست که:

گاهی اجازه مالک اصلی با عقد معامله‌ای که فضولی انجام داده تطابق کامل و صد درصد دارد یعنی دقیقاً و بدون کم و زیاد کردن همان که مورد معامله است مورد اجازه واقع شده است چنین اجازه‌ای قطعاً صحیح و نافذ است و معامله فضولی را صحیح و لازم می‌گرداند.

و گاهی اجازه با عقد هیچ هماهنگی ندارد و صد درصد مغایر است و میان آن دو تباین کلی است یعنی فضولی بر منزل عقد خوانده و مالک بر مغازه انشاء اجازه کرده است، چنین اجازه‌ای قطعاً باطل و بی اثر است و موجب صحّت و لزوم معامله نمی‌شود، زیرا ما اُنْشَیْ لَمْ یُجَزْ و ما أُجِزْ لَمْ یُنْشَأْ. و گاهی اجازه با عقد فی الجمله تطابق دارند ولی

از لحاظ عموم و خصوص یا اطلاق و تقييد فرق دارند که اين خودش چهار فرض دارد:

- ۱- نقصان جزء: فضولی بر کل و مجموع صفة و متاع معامله را واقع ساخته ولی مالک اصلی بر بعض از آن معامله را امضاء می کند مثلاً فضولی صد من گندم فروخته و مالک اصلی نسبت به پنجاه من اجازه می کند یا فضولی دو جنس را به یکدیگر ضمیمه کرده و مجموع را در معامله واحد فروخته ولی مالک اصلی یکی از آن دو را اجازه می کند.

- ۲- زیاد کردن جزء: فضولی معامله را روی صد من انجام داده ولی مالک اصلی مقداری زیاد کرده و معامله را روی صد و ده من اجازه می کند، یا فضولی دو متاع را منضمّاً فروخته و مالک اصلی جنس سوّمی را هم ضمیمه کرده و اجازه می کند. اين فرض در متن مکاسب نیامده.)

- ۳- کم کردن شرط: فضولی معامله را با شرطی در ضمن عقد انجام داده ولی مالک اصلی معامله را بدون آن شرط اجازه می کند.

- ۴- زیاد کردن شرطی: فضولی معامله را مطلق و بدون قيد و شرط انجام داده ولی مالک اصلی با افزودن شرطی معامله را اجازه می کند، مثلاً می گوید: اَجْزُثْ و شرط می کنم که مشتری جامه ای برای من خیاطت کند یا دیواری بنائی کند یا اتومبیلی تعمیر کند و....

حال در اینکه در تمام این صور باید تطابق باشد و اجازه مطابق با عقد باشد یا خیر؟ سه قول است:

- ۱- مطلقاً تطابق لازم است و اگر نباشد اجازه باطل و بی اثر است.

- ۲- مطلقاً تطابق لازم نیست و بدون آن نیز اجازه صحیح و مؤثر است.

- ۳- تفصیل شیخ اعظم میان چهار صورت مذکور:

اما در صورت اوّل فتوی به جواز داده و جواز (نفوذ و مَضَى و صَحّت) را اَقْوَى دانسته اند (زیرا که گرچه در ظاهر یک بیع روی مجموع صد من گندم واقع شده ولی در واقع این معامله به معاملات متعدّد به تعداد اجزاء منحل می شود، و مثل عامّ انحلالی است و هیچ مانعی ندارد که بعضی از بیوع را اجازه کرده و بعضی دیگر را ردّ کند).

تنظیر: ما نحن فيه نظیر بیع ما یَمْلِك و ما لا یملک است که مال خودش را با مال

دیگری ضمیمه کرده و فروخته و اگر دیگری ردّ کرد معامله باطل نمی شود و نسبت به ما یملک صحیح است. و نیز نظیر بیع ما یملک و ما لا یملک است که سرکه و شراب را منضمّاً فروخته که نسبت به سرکه صحیح است و نسبت به شراب باطل است. و نیز نظیر صفقه و متاعی که دو مالک در آن شرکت دارند و فضولی این مال شراکتی را فروخته و بعد یکی از دو شریک اجازه می کند و دیگری ردّ می کند که به همان نسبت صحیح است. و دلیلی بر بطلان نیست. البته مرحوم شیخ همین تنظیر سوّم را آورده اند.

قوله: و ضرر:

البته اگر مالک نسبت به بعضی، معامله را اجازه کرد و نسبت به بعضی ردّ کرد، برای مشتری ضرر تبعض صفقه مطرح می شود (زیرا چه بسا غرض عقلائی از معامله به مجموع من حیث المجموع بار می شود نه به بعضی) و به حکم قانون نفی ضرر، وی حق الخيار تبعض صفقه پیدا می کند و می تواند معامله را کلاً فسخ کند یا به همان بعضی راضی باشد.

(و اما در صورت دوّم: اگر چنین چیزی پیش آمد، باز مسأله انحلال مطرح می شود و نسبت به صدمن معامله صحیح و لازم می شود و نسبت به مازاد باطل می شود و حقّ الخيار تبعض هم مطرح نیست. البته اگر منظور مالک اصلی این باشد یا تمام صدوده من را می فروشم یا هیچکدام را و به این منظور قید کرده و زیادی را آورده علی القاعده باید حکم به بطلان شود).

و اما در صورت سوّم: می فرماید: اگر فضولی معامله را با شرط ضمنی انجام داده بود و مالک بدون آن شرط و عقد خالی از آن قید را اجازه کرد، اقوی عدم جواز است یعنی این اجازه نافذ و ماضی و مؤثر نیست.

قوله: بناءً:

دلیل عدم جواز این است که شرط و مشروط گرچه در ذهن و به تحلیل عقلی از یکدیگر قابل تفکیک هستند ولی در خارج به یک وجود موجود هستند و قابل انفکاک نیستند، و لذا عقد از این ناحیه تبعیض بردار نیست تا بگوییم: به نسبت مشروط صحیح است و به نسبت شرط باطل، است بلکه مقید بما هو مقید یک مطلوب است که یا صحیح است و یا باطل و تجزیه پذیر نیست. اما بر خلاف اجزاء که هر کلّ و مجموعی به این لحاظ قابل تبعیض است و لذا نسبت به بعضی صحیح و نسبت به بعضی دیگر می تواند باطل باشد.

قوله: ولذا:

شاهد بر فرق مزبور میان جزء و شرط اینست که: بطلان جزء (مثل شراب به ضمیمه سرکه که نسبت به شراب باطل است) موجب بطلان کلّ نمی شود. ولی بطلان شرط موجب بطلان مشروط می شود (البته اگر شرط فاسد مفسد عقد باشد، که مبسوطاً در باب شروط از خيارات خواهد آمد).

و اما صورت چهارم: اگر مطلب به عکس صورت قبل شد یعنی معامله فضولی بی قید و شرط واقع شده بود ولی اجازه با قید و شرط بود، آیا این اجازه صحیح و مؤثر است یا باطل؟ سه وجه وجود دارد:

۱- اجازه با همان شرط ضمنی هر دو صحیح هستند البته منوط بر اینکه مشتری اصیل هم این شرط مالک را قبول کند. آنگاه ما نحن فیه نظیر آنجائی است که ایجاب مالک اصلی بدون شرط انشاء شده ولی قبول قابل قیدی بدنبال دارد و مشتری گفته: قبلت با فلان شرط.

۲- اجازه بدون شرط مزبور صحیح است، زیرا هر شرطی که وجوب وفای ندارد و مشمول: المؤمنون عند شروطهم نیست، اگر شرطی در ضمن عقد باشد ارزش دارد، یعنی بدنبال ایجاب ذکر شود تا قبول هم به آن برگردد، یا اگر بدنبال قبول مشتری می آید، باید قبول مقدم بر ایجاب ذکر شود، اما اینکه بدنبال قبول بیاید و قبول هم متأخر از ایجاب باشد، وجوب وفا ندارد. پس شرط فاسد است ولی مشروط و اجازه و معامله باطل نیست.

۳- کلاً چنین اجازه ای باطل و لغو است زیرا وقتی شرط آن لغو و بی فایده بود، مشروط به این شرط هم لغو و باطل خواهد بود. چون مجموع شرط و مشروط و قید و مقید یک التزام بیشتر نیست و یک التزام یا هست یا نیست و تبعیض بردار نیست که قسمتی از آن باشد و قسمتی نباشد.

مرحوم شیخ می فرماید: همین وجه اخیر قویتر است. و ما این را اختیار می کنیم. (مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده: این با مبنای شیخ در باب شروط نمی سازد، زیرا ایشان در آن باب شرط فاسد را مفسد ندانسته ولی در ما نحن فیه از تقویتی که کرد استفاده می شود که می خواهند شرط فاسد را مفسد بدانند^۱).

الکلام فی الْمُجِيز

تا اینجا احکام و شروط خود اجازه بیان شد و به طور خلاصه راجع به کاشفیت و ناقلیت اجازه بحثهایی شد و چهار احتمال مطرح شد و ثمرات این احتمالات مخصوصاً ثمرات نقل و کشف عنوان شد و در پایان هم هفت مطلب به عنوان تنبیهات مسأله اجازه مطرح شد. و اما سخن درباره شروط و احکام شخص مُجِيز و اجازه دهنده: می فرماید: برای اینکه بحث در این باب مستوفی و مستقضى بوده و از همه جوانب آن را بررسی کنیم باید در سه امر بحث کنیم:

امر اول: شخص مُجِيز در هنگام اجازه کردن باید شرعاً جایز التصرف باشد یعنی بالغ باشد، عاقل باشد، رشید باشد، محجور از تصرف نباشد، مالک باشد و... تا اجازه او نافذ باشد، پس اگر صغیر، مجنون، سفیه، مفلس و... بود اجازه اش تأثیری ندارد.

دلیل این شرط: اجازه نوعی تصرف مالی است (و در تنبیه چهارم گفته آمد که: له ان یجیزای له ان یتصرف ای یجوز له التصرف) و تصرف مالی بدون جواز تصرف تأثیری ندارد. ضمناً در این شرط فرقی میان دو مبنای کشف و نقل نیست، اما بنابر نقل که پر واضح است، زیرا اجازه تا نباید نقل و انتقالی نیست پس اجازه حقیقتاً تصرف مالی و تصرف ناقل است. و اما بنابر کشف هم باز مشهور آن را شرط متأخر دانسته و مؤثر در حصول ملک از زمان عقد می دانستند و تا جایز التصرف نباشد اجازه اش چنین تأثیری ندارد.

قوله: ولو اجازه:

متفرع بر شرط مزبور: در باب تصرفات شخص مریض به مرض وفات (یعنی بیماری ای که با همان بیماری دار فانی را وداع می کند). دو بخش مطرح است: یکی منجزات مریض یعنی تصرفات فعلی و تنجیزی او که بالفعل مالی را هبه می کند، وقف می کند و... و یکی معلقات مریض یعنی وصایای او که برای پس از مرگ خود وصیت می کند که اموالش را چنین و چنان بکنند. حال وصایای او از ثلث مال نافذ است و مازاد منوط به اجازه وارث است. ولی در منجزات مریض اختلاف است که آیا مثل وصیت او است و تا ثلث نافذ است یا مثل وصیت نیست و مطلقاً نافذ و صحیح است و او می تواند تمام دارائی خود را وقف یا هبه کند. با حفظ این مطلب، در ما نحن فیه می گوئیم: اگر فضولی مالی از اموال و

املاکِ مریض کذائى را فروخت، و وی مى خواهد در حال مرض موت آن را اجازه کند (که تصرّف منجّز است) ضمناً مال مزبور بیش از ثلث دارائى او است. در اینجا اگر منجّزات او مطلقاً نافذ باشد، وی جایز التصرف است و اجازه اش نافذ و صحیح است، ولی اگر مثل وصایای او باشد، وی نسبت به مازاد بر ثلث جایز التصرف نیست و اجازه اش نافذ نیست.

امر دوم: (به قول مرحوم شهیدی: از نظر ترتیب طبعی امر ثانى باید پیش از امر اوّل ذکر مى شد، چرا که موصوف پیش از وصف است و در امر ثانى راجع به اصل وجود موصوف و موضوع یعنی مُجِيز گفتگو مى شود در حالى که در امر اوّل راجع به وصفی از اوصاف او و حکمی از احکام او یعنی جواز تصرّف بحث مى شد، و ثبوت شیئی لشیء فرغ ثبوت المثبت له. ولی مرحوم شیخ این ترتیب را مراعات نکرده^۱) حال امر ثانى در این باره است که: آیا در صحت عقد فضولى شرط است که مُجِيز و اجازه کننده در حال عقد فضولى موجود باشد؟ یا وجود در این حال لازم نیست و همان وجود حین اجازه کافی است؟

ثمره بحث: اگر فضولى بدون مراعات مصلحت مال یتیم را فروخت، الان در حال عقد مجیزی وجود ندارد، زیرا نه خود یتیم به سنّ بلوغ رسیده تا اجازه اش نافذ باشد و نه وَلِی او فعلاً حقّ اجازه دارد و مجیز است زیرا که تصرّف وَلِی هم در اموال طفل (که اجازه هم نوعی تصرف مالی است) باید با ملاحظه مصلحت باشد و الاّ جایز نیست. حال اگر وجود مجیز در حال عقد شرط باشد، در معامله مزبور مجیزی در حال عقد وجود ندارد پس باید آن معامله باطل باشد و اجازه بعد از بلوغ یا اجازه وَلِی پس از حدوث مصلحت هم مفید نباشد. ولی اگر وجود مجیز در حال عقد شرط نباشد و در حال اجازه کافی باشد باید گفت: پس از بلوغ اگر خود یتیم اجازه کند صحیح است یا پس از عقد و در حال اجازه وَلِی اگر معامله مزبور واجد مصلحت شده باشد باز اجازه وَلِی نافع است. حال در مسأله دو قول وجود دارد:

۱- عَدّای وجود مُجِيز را در حال عقد شرط مى دانند و مختار علّامه در قواعد^۲

همین است.

۲- و عده‌ای هم شرط نمی‌دانند و مختار مرحوم شیخ اعظم همین است.

قوله: و استدل:

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد^۱ برای مختار علامه یعنی قول اول، دو دلیل آورده: دلیل اول: در فرض مزبور (نبود مجیز در حال عقد) صحت عقد از محالات است (چون باید طیب نفس مالک باشد و علی‌الفرض چنین چیزی فعلاً ممکن نیست.) و چیزی که در یک برهه از زمان ممتنع شد برای همیشه ممتنع خواهد بود. پس بعداً هم اگر مجیزی پیدا شود و آن را اجازه کند فایده‌ای ندارد.

دلیل دوم: در فرض مزبور، حکم به صحت عقد مستلزم تضرر و وارد آمدن ضرر بر مشتری است «صغری» و دلیل تضرر آن است که وی نه حق دارد در منتقل الیه یعنی عین و مثن تصرف کند و نه حق دارد در منتقل عنه و مثن تصرف کند. اما در مثن حق تصرف ندارد، به این دلیل که: اولاً ممکن است مالک اصلی بعداً اجازه نکند و با شک در آن اصاله عدم اجازه جاری کرده و حکم به عدم جواز تصرف می‌شود. و ثانیاً مقتضی برای تصرف ملکیت است که آنهم حاصل نشده یعنی مثن در ملک وی داخل نشده تا حق تصرف پیدا کند. و اما در مثن حق تصرف ندارد، برای اینکه شاید مالک اصلی اجازه کند و در نتیجه مثن از اول از ملک مشتری خارج شده باشد (البته بنابر کشف) و وی حق ندارد در مال مردم تصرف کند. و کبرای کلی هم اینست که: حکم ضرری در اسلام منفی است. پس صحت معامله مزبور منفی است. «نتیجه».

قوله: و یضعف:

مرحوم شیخ از هر دو دلیل مزبور جواب می‌دهند: اما از دلیل اول دو جواب می‌دهند: ۱- جواب نقضی: اگر فرض کنیم که فضولی متاع کسی را فروخته و مالک اصلی در نقطه دور دستی است که تا مدتی امکان دسترسی به او نیست و طبعاً در حال عقد مجیزی که بتواند عقد را اجازه کند وجود ندارد، حال طبق استدلال شما باید گفت: چنین بیع فضولی ای از اول باطل است در حالی که مشهور فتوی به صحت آن داده‌اند و آن را مثل سایر بیوع فضولی دانسته‌اند، حال هر جوابی در اینجا دادید و مشکل را حل کردید

ما نیز همان جواب را در بیع مال یتیم خواهیم داد.

۲- جواب حلی: ما قبول نداریم که اگر چیزی در یک زمان ممتنع بود برای همیشه و در جمیع ازمنه ممتنع باشد، آری اگر چیزی در زمانی امتناع ذاتی داشته باشد «مثل اجتماع نقیضین» برای همیشه ممتنع خواهد بود و از ازل تا ابد محال است. ولی اگر چیزی در زمانی امتناع بالغیر پیدا کند لازمه اش این نیست که برای همیشه ممتنع باشد، بلکه ای چه بسا در زمان دیگر ضرورت بالغیر پیدا کند، فی المثل هر ممکن تا وقتی علّت تامّه او یافت نشده ممتنع الوجود بالغیر است ولی همینکه علّت تامّه اش یافت شد واجب الوجود بالغیر می گردد، و ما نحن فیه از این قبیل است یعنی امتناع صحّت در حال عقد یک امتناع ذاتی و از قبیل بیع الخمر و الخنزیر و... نیست بلکه امتناع بالغیر است یعنی به سبب نبودن مجیز، صحّت ممتنع شده و هیچ مانعی ندارد که بازوال مانع و آمدن مجیز، صحّت هم بیاید، ضمناً در این جهت فرقی میان قول به کشف و نقل نیست و بر هر دو مسلک با آمدن مجیز، امتناع صحّت و عدم صحّت منتفی می شود، و به ویژه بر مسلک نقل که خود اجازه مؤثر و ناقل است و فرض اینست که حین الاجازه مجیز جامع شرایط هست، و نبودن مجیز در حال عقد ضرری ندارد.

قوله: واما الضرر:

جواب از دلیل دوم: در اینجا دو دسته ادله داریم:

۱- ادله و عموماً صحّت بیع فضولی که شامل بیع مال یتیم هم می شود.

۲- دلیل لا ضرر که می گوید: در اسلام حکم ضرری تشریع نشده، حال جمع میان ایندو ایجاب می کند که بگوییم: معامله مزبور موقوف به اجازه است و از طرف اصیل صحیح است منتهی وجوب وفا ندارد و متزلزل است چون وجوب وفا ضرری است، و با جعل حقّ الخيار این ضرر مرتفع می شود و ضرورتی ندارد که اصل صحّت را بر داریم (الضرورات تنقذ بقدرها).

همانگونه که در ماده نقض مزبور هم پس از حکم به صحّت اگر بگوییم: باید طرف اصیل صبر کند و انتظار بکشد تا مالک اصلی پیدا شود، مستلزم ضرر است و برای دفع ضرر حقّ الخيار جعل می شود، و راه حلّ هر دو یکی است.

قوله: مضافاً:

تا اینجا به این نتیجه رسیدیم که وجود مجیز در حال عقد شرط نیست و دلیلی بر اشتراط آن نداریم و بر فرض شک در اشتراط از اصل عدم اشتراط استفاده می‌کنیم، ولی به این مقدار بسنده نمی‌کنیم و علاوه بر آن از اخبار خاصه هم استفاده می‌کنیم و آن اخبار تزویج صغیرین است^۱: اگر فضولی پسر بچه و دختر بچه‌ای را به عقد یکدیگر در آورد، در اینجا سه فرض تصویر می‌شود:

۱- پدر یا جد پدری و یا وصی آنها این عقد را اجازه کرد. اینجا از بحث خارج است چون مجیز فعلی در حال عقد هست.

۲- اولیاء مزبور اهمال کرده و اجازه یا رد را مسکوت گذاشتند تا بچه‌ها به سن بلوغ رسیده و خودشان تصمیم بگیرند و نکاح را امضاء یا رد کنند. این نیز از بحث خارج است.

۳- بچه‌ها نه پدر دارند نه جد پدری و نه وصی (تازه وصی هم مورد اختلاف است که بر امر نکاح صغار ولایت دارد یا نه) (و مبنای فقهی ما هم اینست که: غیر از آنها کسی بر امر نکاح ولایت ندارد، حاکم شرع و عدول مؤمنین ولایت ندارند و حتی در ولایت امام معصوم علیه السلام هم بر این امر مناقشه شده) حال در چنین فرضی نکاح مزبور فضولی است و در حال عقد هم مجیزی ندارد زیرا نه خودش می‌تواند اجازه کند چون صغیر است و نه پدر و جد یا وصی آنها هستند که اجازه کنند و نه دیگران که هستند ولایت دارند تا اجازه کنند و معذک که مجیزی در حال عقد نیست، روایت مزبور می‌گوید: اگر بعداً بچه‌ها بالغ شدند و اجازه کردند نکاح صحیح است و... پس وجود مجیز در حال عقد شرط نیست. در حال اجازه هم که باشد کافی است پس بیع مال یتیم صحیح و موقوف به اجازه است که اگر بعداً خودش بالغ شد و اجازه کرد یا مصلحتی پیدا شد و ولی او اجازه کرد معامله باطل نخواهد بود.

قوله: کیف کان:

به عقیده ما وجود مجیز در حال عقد شرط نیست (و دلیل ما مضافاً به اخبار خاصه‌ای که

اشاره شد، اطلاعات و عموماً صحت و لزوم بیع و هم اطلاعات مؤیداتی است که در مسئله اول از مسائل فضولی ذکر شد. که ترک استفصال مطرح بود. و غیر از ما بزرگانی از قبیل: ابن متوَّج بحرانی^۱ (معروف به ابن فهد حلّی) و شهید اول^۲ و محقق ثانی^۳ و دیگران^۴ همین نظر را دارند، و بلکه تنها کسی که شرط بودن وجود مجیز را ترجیح داده جناب علامه در قواعد است و گرنه دیگران یا مثل ما این شرط را رد کرده‌اند و یا به صورت دو احتمال مطرح کرده و جانب اشتراط را ترجیح نداده‌اند.

قوله: ثم اعلم:

جناب علامه^۵ اول اصل مسأله را طرح کرده که آیا وجود مجیز در حال عقد شرط هست یا نه؟

سپس مثالی آورده از آنجائی که مجیزی در حال عقد نباشد، و آن مثال به بیع مال یتیم است (که قبلاً توضیح دادیم) آنگاه از بعضی العامّه یعنی بیضاوی حکایت شده که وی به علامه اعتراض کرده و گفته: طبق مذهب امامیه امام معصوم علیه السلام در همه زمانها هست و در قید حیات است و بر اموال یتامی ولایت دارد، آنگاه گریم که پدر و جدّ و وصی نباشد ولی امام که هست و او می‌تواند بیع فضولی بر مال یتیم را امضاء کند، پس مثال شما نادرست است و در مورد مزبور مجیز همیشه هست نه این که نباشد.

مرحوم علامه در جواب از اعتراض بیضاوی فرموده: آری بر مسلک امامیه علیه السلام هست ولی ما دسترسی به امام نداریم و متمکن از امضای او نیستیم پس مجیزی که بتواند فعلاً اجازه کند و در حال عقد تمکن از اجازه او باشد نیست.

بعضی‌ها در مقام نصرت و یاری کردن بیضاوی بر آمده و به علامه گفته‌اند: بسیار خوب دسترسی به امام علیه السلام نیست ولی به مسلک شما در عصر غیبت امام علیه السلام نایب الامام یعنی مجتهد جامع شرایط وجود دارد و او بر مال یتیم ولایت دارد و می‌تواند اجازه کند پس مجیز وجود دارد، و بلکه اگر مجتهد جامع شرایط هم نباشد عدول مؤمنان هستند و

۱. به نقل مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۹۵ ۲. دروس، ج ۳، ص ۹۳

۳. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۲

۴. فاضل مقدار در تنقیح، ج ۲، ص ۲۶ و صاحب جواهر در جواهر، ج ۲۲، ص ۲۹۹

۵. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴

آنها می توانند اجاره کنند، بلکه بانبود عدول فساق مومنین هستند و می توانند بارعایت مصلحت یتیم، معامله را امضا کنند پس هیچگاه نوبت نمی رسد به اینکه: در حال عقد مجبزی نباشد بلکه همیشه هست.

مرحوم شیخ از این اعتراض پاسخ داده و به یاری علامه شتافته و می فرماید: همانطوری که امام علیه السلام هست ولی دسترسی به او نیست، هکذا ممکن است مجتهد جامع شرائط یا عدول مؤمنین باشد ولی دسترسی به آنها نداشته باشیم یا آنها از این معامله بی اطلاع باشند و در نتیجه کسی که فعلاً و در حال اجازه بتواند اجازه کند وجود نداشته باشد. پس می شود فرض کرد که اصلاً در حال عقد مجبزی نباشد.

قوله: فان ارید:

مهم اینست که بدانیم منظور علامه از اشتراط وجود مجبزی چیست؟ مجبزی دو گونه است: ۱- مجبزی شأنی: کسی که شأنیت و صلاحیت دارد که اجازه کند و لو بالقوه و در آینده نه بالفعل.

۲- مجبزی فعلی: کسی که هم اکنون و در حال عقد بتواند عقد را اجازه کند و متمکن از اجازه او باشیم.

حال اگر مراد علامه از وجود مجبزی، وجود ذات مجبزی و یا مجبزی شأنی باشد، اعتراض بیضاوی وارد است و دفاع علامه ناتمام است، و آن یاری کننده بیضاوی هم نباید دفاع علامه را قبول کرده و از راه دیگری اشکال کند. و اگر مراد علامه از وجود مجبزی، وجود مجبزی فعلی باشد مثال علامه صحیح است و در مورد معامله مال یتیم می توان فرض کرد که مجبزی فعلی نباشد و اعتراض بیضاوی و انتصار منتصر هیچکدام وارد نیست و هر دو قابل جواب است به بیانی که گذشت. (و ظاهراً همین احتمال دوم مراد علامه است).

قوله: فالاولی ما فعله:

مثال علامه مطلق بود ولی جناب فخر الدین^۱ و محقق ثانی^۲ قیدی بر آن افزوده و مثال را کاملتر کرده اند و آن قید «نبودن مصلحت» است یعنی فضولی مال یتیم را بفروشد و این

فروختن به مصلحت یتیم نباشد، اینجا است که فعلاً و در حال عقد مجیزی نیست زیرا خود مالک اصلی که یتیم باشد فعلاً صغیر است و اجازه اش اثر ندارد، دیگران هم (پدر- جد پدری- وصی- حاکم- امام) در محدوده مصلحت حق دارند اجازه کنند نه بدون آن، پس آنها نیز مجیز نیستند. و اگر وجود مجیز شرط باشد چنین معامله ای باطل است ولی اگر شرط نباشد صحیح است.

قوله: فیرجع:

مرحوم شیخ می فرماید: به هر حال سخن این دو بزرگوار نیز مثل سخن علامه به این بر می گردد که: آیا وجود مجیز فعلی (که بتواند فعلاً و در حال عقد اجازه کند) شرط است یا نه؟ اما مجیز شأنی و ذات المجیز و کسی که شأنیّت اجازه کردن داشته باشد، مورد بحث نیست و از فرض خارج است، زیرا هیچگاه در مورد اموال مجیز شأنی مفقود نیست و عدم آن فرض ندارد بلکه همیشه موجود است و لا اقل خود مالک صلاحیت دارد که پس از بلوغ اجازه کند یا فقیه جامع شرائط صلاحیت دارد که پس از اطلاع اجازه کند، پس آنکه جای بحث دارد وجود مجیز فعلی است و منظور علامه و فخر الدین و محقق ثانی هم همین است. (با این تفاوت که: طبق تقیید فخر و محقق ثانی عدم امکان فعلیّت اجازه به خاطر نبودن مصلحت است و طبق سخن علامه: عدم امکان فعلیّت اجازه به خاطر عدم تمکن از وصول به امام علیه السلام است).

(نکته: در مورد اموال وجود مجیز شأنی همیشه هست، آری در غیر اموال مثل نکاح ممکن است گفت: فعلاً و در حال عقد اصلاً مجیزی نیست چون اولیاء بر امر نکاح نیستند و آنها که هستند ولایت ندارند، چنانچه گذشت).

امر سوّم: اصل وجود مجیز فی الجمله مسلم است، منتهی وجود مجیز در حال اجازه قطعی است و گرنه سالبه به انتفاء موضوع است. و وجود مجیز در حال عقد در امر ثانی مورد بحث بود که گفتیم لازم نیست. و جایز التصرف بودن مجیز در حال اجازه نیز امری مسلم بود که در امر اوّل ذکر شد، و اینک سخن در اینست که: مجیز (کسی که فعلاً عقد را اجازه می کند) همانگونه که در حال اجازه باید جایز التصرف باشد، آیا باید مضافاً به این از اوّل و در حال عقد هم جایز التصرف باشد (به گونه ای که اگر از اوّل اجازه می کرد نافذ بود). یا چنین چیزی شرط نیست؟ مرحوم شیخ می فرماید: جواز تصرف در

حال اجازه شرط است اما جواز تصرف در حال عقد شرط نیست. و دلیلی بر اشتراط آن نیست مضافاً به اینکه اطلاعات و عموماً بر خلاف آن است.

حال عدم جواز تصرف مجیز در حال عقد سه گونه است:

۱- گاهی به خاطر نبود مقتضی است یعنی وی در حال عقد نه مالک بوده تا جایزالتصرف باشد و نه وکیل و ولی بوده تا از طرف مالک و شرع مأذون و جایزالتصرف باشد.

۲- و گاهی به خاطر نبودن شرطی از شروط جواز تصرف است، یعنی در حال عقد مالک بود ولی رشید نبود بلکه سفیه بود یا عاقل نبود و بالغ نبود و... لذا جایزالتصرف نبود.

۳- و گاهی به خاطر وجود مانع است، یعنی مانع خارجی جلو جواز تصرف او را در حال عقد گرفته بود و آن مانع خارجی تعلق حق دیگران به این مال است، مثل اینکه مال در رهن کسی بود و یا مالک مفلس شده بود و اموالش متعلق حق غرماء و طلبکاران بود و... بر این اساس حق تصرف نداشت.

ولی پس از عقد و در حال اجازه مقتضی دارد، شروط را هم دارد، مانعی هم ندارد و می تواند اجازه کند و همین کافی است. (نکته: عدم جواز تصرف در سه قسم مزبور گاهی هم واقعی و هم اعتقادی است چنانکه مسئله اول و دوم از سه مسأله آینده مربوط به این فرض است. و گاهی فقط اعتقادی است که مسأله سوم مربوط به این فرض است.)

قوله: فالکلام:

جایزالتصرف نبودن مجیز در حال عقد سه شعبه پیدا کرد:

۱- جواز تصرف مقتضی ندارد و مجیز در آن حال مالک نبوده و الان در حال اجازه مالک شده.

۲- مقتضی داشته و مجیز در حال عقد هم مالک بوده ولی شرطی از شروط جواز تصرف را نداشته یعنی سفیه بوده، مجنون بوده و... ولی الان که حال اجازه است واجد شرط شده.

۳- شرط هم وجود داشته ولی در حین عقد جواز تصرف مبتلا به مانع بوده مثل رهن بودن، و در حین اجازه آن مانع منتفی شده است. حال هر یک از سه صورت مزبور

به حسب مقام ثبوت و تصوّر سه قسم دارند:

١- مجيز واقعاً و اعتقاداً در حال عقد جازيز التصرف نبوده، يعنى عندالله حقّ تصرف نداشته و خود نيز بدان معتقد بود ولى در حال اجازه جازيزالتصرف گرديده.

٢- مجيز واقعاً جازيز التصرف بوده ولى اعتقاداً نه يعنى خيال مى کرده که جازيز التصرف نيست.

٣- مجيز واقعاً جازيز التصرف نبوده ولى ادعائاً يا اعتقاداً خود را جازيز التصرف مى دانست. از اين سه قسم، قسم ثالث همان مسأله سوّم از مسائل بيع فضولى است که قبلاً بحث شده و قسم دوّم را بعداً تحت عنوان «المسأله الثالثه» خواهيم آورد، و فعلاً سخن در قسم اوّل است، و على القاعده بايد براى آن سه مسأله ذکر مى کردند، ولى مرحوم شيخ در دو مسأله بحث کرده: يکى عدم جواز از تصرف به خاطر محجور بودن، يعنى در حال عقد مجيز مالک بوده و مقتضى داشته ولى محجور از تصرف بوده و اين دو صورت را شامل است:

١- محجور بودن به خاطر فقدان شرط.

٢- حجر به خاطر وجود مانع، و مرحوم شيخ اين دو بخش را يک کاسه کرده اند، و ديگرى عدم جواز از تصرف به خاطر نبود مقتضى، پس در مجموع سه مسأله داريم.

مسأله اوّل

مسأله اوّل از سه مسأله مزبور آن است که: معامله اى فضولى انجام گرفته و مالک در حال اجازه همان مالک در حال عقد است پس حال العقد مقتضى موجود بوده ولى در حال عقد مالک مزبور محجور از تصرف بوده يعنى شرطى از شروط جواز تصرف را نداشت مثلاً بالغ يا عاقل يا رشيد نبود، و يا مانعى جلو تصرف او را گرفته بود مثلاً مبيع به بيع فضولى در رهن کسى بود، و الان در حال اجازه آن شرايط مهيا و فراهم است يا آن موانع مرتفع شده و وى محجور از تصرف نيست و مى تواند اجازه کند، آيا اجازه او نافذ است؟ مرحوم شيخ مى فرمايد: اقوى اينست که: چنين اجازه اى صحيح و مؤثر است و معامله فضولى را لازم مى کند بلکه در بعضى صور نيازى به اجازه هم نيست و آن صورتى است که عدم جواز تصرف به خاطر تعلق حقّ غير به اين مبيع باشد، مثلاً در رهن ديگرى بوده، در اينجا اگر خود را هن که مالک اصلى است و و واجد شرط هم هست عين مرهونه را

فروخت و پیش از آنکه مرتهن به او مراجعه کرده و اعتراض کند فک رهن نموده و بدهی خود را پرداخت، نیازی به اجازه بعدی هم نیست، زیرا معامله مزبور هیچ کمبودی ندارد و طیب نفس مالک هم از اول معامله بوده نه اینکه بعداً ملحق شود، و تنها مانع صحت، رهن بوده که آنهم فک شده و مرتفع گردید، پس نیازی به اجازه بعدی نیست. علامه هم در تذکره به این مطلب تصریح کرده است.^۱

مسأله دوم

مسأله دوم از سه مسأله مورد بحث درباره این است که: معامله فضولی انجام شده و مالک در حال اجازه غیر از مالک در حال عقد است، یعنی مجیز در حال عقد مالک نبوده و مقتضی نداشته ولی در حال اجازه مالک شده و مقتضی دارد، این همان مسأله معروف به «من باع شیئاً ثم ملکه» است و خود دو شعبه دارد: ۱- گاهی خود بایع فضولی مالک می‌گردد. ۲- و گاهی شخص دیگری متاع را مالک می‌شود (مثل ورثه مالک اصلی یا کسانی که مالک اصلی به آنها هبه یا وقف یا وصیت و... کرده) البته عنوان مسأله در کلمات قوم شعبه اول را شامل است چون می‌گویند: (من باع شیئاً ثم ملکه)، که ظاهرش اینست که خود بایع آن شیئی را مالک شده ولی اختصاص به این شعبه ندارد.

خود این شعبه صوری دارد که در مجموع هشت صورت است، به این بیان که: یا فضولی مال مردم را برای خودش فروخته و سپس خودش مالک شده و یا برای صاحب اصلی اش فروخته و بعد مالک شده (این دو صورت، البته صورت دوم خود دو شعبه دارد: ۱- منع سابقی از سوی مالک اصلی نبوده. ۲- نهی سابقی بوده، که مسأله اول و دوم از سه مسأله اصلی فضولی است و قبلاً گذشت، و فعلاً مرحوم شیخ کاری به این شقوق فرعی ندارد.) و در هر یک از دو فرض مزبور یا اینست که فضولی به یک سبب و ناقل اختیاری آن را از مالک اصلی تملک کرده (مثلاً از او خریده) و یا به یک سبب قهری مالک شده (مثلاً ارث برده) حاصلضرب دو صورت اول در این دو صورت عبارتست از چهار صورت، در هر یک از چهار صورت مزبور یا اینست که فضولی پس از اینکه مالک شد معامله خود را اجازه می‌کند و یا اجازه نمی‌کند، در مجموع هشت صورت پدید

می آید مرحوم شیخ برای همه هشت صورت مباحث جداگانه ای ذکر نمی کنند، بلکه دو صورت حسّاس را مطرح می کنند و بقیّه صور با مقایسه به این دو صورت حکمش روشن می شود، امّا دو صورت اصلی:

۱- من باع شیئاً ثمّ ملکه فاجازه، این چهار فرض را شامل است.

الف: من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه بالشراء فاجازه.

ب: من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه بالارث فاجازه.

ج: من باع شیئاً للمالک ثمّ ملکه بالشراء فاجازه.

د: من باع شیئاً للمالک ثمّ ملک بالارث فاجازه.

مرحوم شیخ صورت اوّل را مورد بحث قرار داده اند.

۲- (من باع شیئاً ثمّ ملکه و لم یجزه)، این نیز همان چهار فرض را دارد و نیازی به تکرار نیست و مرحوم شیخ همان فرض اوّل را مطرح می کنند.

امّا مسأله اوّل: مسأله اوّل از دو مسأله یا دو صورت مزبور اینست که «من باع شیئاً لنفسه ثم اشتراه و ملکه فاجازه» یعنی مال مردم را برای خودش فروخت سپس قبل از اجازه یا ردّ مالک اصلی رفت و از مالک اصلی خرید و خودش مالک شد و بعد معامله فضولی خود را اجازه کرد، آیا چنین معامله ای صحیح است یا خیر؟ دو نظریّه در مسأله مطرح است: ۱- عده ای طرفدار صحّت هستند. ۲- و عده ای فتوی به بطلان داده اند.

مرحوم محقّق اوّل در کتاب معتبر فرعی را عنوان کرده و آن اینکه: شخصی مالک مال زکوی (گندم مثلاً) می باشد و مالش هم در حدّ نصاب و متعلّق زکات است (مثلاً سه خروار گندم دارد) و پیش از اینکه زکات مالش را بپردازد، تمام این گندمها را به کسی فروخت یا نزد کسی فرو گذاشت، این معامله چه حکمی دارد؟ فرموده: نسبت به ما عدای زکات یعنی ۹/۱ گندمها معامله صحیح است زیرا ملک او است و بر مالش سلطنت دارد و حقّ دارد بفروشد، و امّا نسبت به مقداری که حصّه فقراء است یعنی ۱/۱ اگر پس از معامله مزبور حصّه فقراء را غرامت کشید و از جای دیگر فراهم کرد و داد یا پول آن مقدار را به فقراء داد شیخ طوسی^۱ فرموده: بیع یا رهن مالک نسبت به کلّ گندمها صحیح و لازم می شود (و ظاهرش اینست که نیازی به اجازه هم نیست) مرحوم محقّق اوّل به

شیخ اشکال کرده و فرموده: حصّه فقراء که در میان گندمها بوده ملک فقراء بوده و مالک نصاب در حال بیع یا رهن، این حصّه را مالک نبوده و بعد از معامله و غرامت کشیدن تازه مالک شده، پس نیاز به اجازه جدید دارد، و مثل آن است که مال مردم را بفروشد و بعد خودش مالک شود که باید معامله قبلی خود را اجازه کند.^۱

قوله: بل یظهر:

پس هم شیخ و هم محقق فرمودند: «من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه» معامله صحیح است و مثال زدند به بیع مالک نصاب، و حتی شیخ طوسی فرمود: نیازی به اجازه جدید هم نیست.

مرحوم شیخ اعظم می فرماید: لابد مبنای شیخ طوسی در باب زکات غیر از مبنای مشهور است، بیان مطلب: در اینکه زکات به عین مال زکوی تعلّق می گیرد یا به ذمه مالک نصاب می آید، احتمالاتی وجود دارد که مرحوم سید در حاشیه آورده^۲ و ما به برخی از آنها اشاره می کنیم:

۱- زکات مانند دینی است که صد در صد به ذمه مالک تعلّق می گیرد و عین خارجی آزاد است، در این فرض پر واضح است که معامله مزبور صحیح بوده و نیازی به اجازه جدید هم نیست.

۲- زکات به خود عین خارجی تعلّق می گیرد و فقراء در آن سهم هستند و به طور مشاع با مالک شریک می شوند بر این مبنا مالک نصاب، مال دیگران را فروخته و بعداً که غرامت کشید و آن حصّه را مالک شد باید نسبت به آن اجازه بکند و فرمایش محقق اول مربوط به این فرض است و رأی مشهور همین است.

۳- تعلّق زکات به عین خارجی مثل تعلّق دین و قرض به رهن و وثیقه است و همان طوری که در مورد رهن، دین به ذمه رهن تعلّق می گیرد نه به عین خارجی، و عین مرهونه تماماً ملک رهن است و مرتهن در آن سهمی ندارد نهایت این عین متعلّق حقّ مرتهن است به این معنی که اگر رهن سر موعد دیون خویش را ادا نکرد و ذمه خود را فارغ نکرد، مرتهن حق دارد عین مرهونه را فروخته و طلب خویش را استیفاء و استنقاذ

نماید. همچنین در مورد زکات هم، حق فقیر به ذمه مالک می آید و او مدیون فقراء است ولى خود عین خارجی ملک او است و فقیر در آن سهیم نیست و شریک نمی باشد، حداکثر این است که این عین متعلق حق فقیر است و اگر مالک زکات را نپرداخت فقیر حق دارد از این گندمها به اندازه حق خود استیفاء دین نماید. حال شیخ طوسی که فرمود: نیازی به اجازه نیست شاید این مبنا را اختیار کرده و تعلق زکات به عین را مثل تعلق رهن دانسته و همانطور که در رهن اگر را هن عین مرهونه را فروخت و قبل از مراجعه و اعتراض مرتهن آن را از رهن در آورد و فک رهن کرد، معامله صحیح بود و نیازی به اجازه هم نبود هکذا اگر مالک نصاب این گندمها را فروخت و بلافاصله از راه دیگر غرامت کشید و حق فقراء را پرداخت آنها حق اعتراض ندارند و معامله صحیح و لازم است و نیازی هم به اجازه جدید نیست.

از جمله کسانی که فتوا به صحت این معامله (من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه) داده اند مرحوم شهید اول در کتاب دروس است^۱ و از مرحوم صیمری نیز همین امر حکایت شده^۲

قوله: و المحكى:

در مقابل قول اول (صحت معامله) از عده ای قول به بطلان نقل شده است: ۱- محقق ثانی در حاشیه ارشاد^۳ ۲- بعضی از معاصرین ما (مرحوم صاحب جواهر)^۴ ۳- به پیروی از بعضی معاصرین خودشان (مرحوم شیخ اسدالله تستری)^۵ اینان فرموده اند: معامله مزبور از اساس باطل است و مالک جدید اجازه بدهد یا نه باطل است.

قوله: و الاقوى:

مرحوم شیخ قول اول را تقویت کرده و می فرمایند: «من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه صح» و دلیل ایشان عبارتست از: اصل و عمومات:

۱. دروس، ج ۳، ص ۱۹۳.

۲. به نقل محقق تستری در مقابل الانوار، ص ۱۳۴.

۳. حاشیه خطی، ص ۲۱۹.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۹۸.

۵. مقابس الانوار، ص ۱۳۴.

منظور ایشان از عمومات و اطلاقات روشن است (احل الله البيع، او فوابا لعقود، تجارة عن تراض و...) که به اطلاق و عموم هم فرضی را که مجیز همان مالک حال عقد باشد شامل است و هم فرضی را که مجیز مالک جدید باشد شامل است. ولی منظور از اصل چیست؟

آیا مراد اصل عملی یعنی اصالۃ الصّحة است یعنی شک در صحّت و بطلان داریم و حکم به صحّت می‌کنیم؟ اگر این باشد، می‌گوییم: درباب معاملات اصل اولی اصالۃ الفساد است نه اصالۃ الصّحة.

آیا مراد اصل برائت از اشتراط است یعنی شک داریم که باید مالک در حال اجازه همان مالک در حال عقد باشد و این امر شرط است یا نه اصل برائت جاری می‌کنیم؟ اگر این باشد می‌گوییم: در اجراء اصل برائت در باب شرطیّت و مانند آن اختلافی است. آیا مراد از این اصل همان قاعده‌ای است که از عمومات و اطلاقات استفاده می‌شود؟ اگر این باشد که چیزی جدای از آنها نبوده و کلمه «و العمومات...» عطف تفسیر اصل خواهد بود. و ما همین را اختیار می‌کنیم. حال ما این عمومات را داریم و خوشبختانه این اطلاقات و عمومات از هر گونه ایرادی سالم و به دور هستند، تنها هفت امر است که مرحوم تستری آنها را به هم تلفیق کرده و با آنها در این ادله خدشه کرده و بیشتر آنها را از ایضاح الفوائد^۱ و جامع المقاصد^۲ گرفته که ذیلاً به ترتیب مطرح کرده و جواب می‌دهیم:

قوله: الاول:

وجه اول از وجوه قول به بطلان اینست که: مسأله ما (من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه فاجازه) داخل در مسأله سوم از مسائل بیع فضولی است (لو باع مال غیره لنفسه) منتهی بیع مال دیگران برای خودش دو گونه است: ۱- گاهی بدنبال بیع از مالک اصلی خریداری نمی‌کند و مالک نمی‌شود ۲- و گاهی بدنبال آن از مالک اصلی خریده و مالک می‌شود. پس مانحن فیه صغرای آن باب و مصداقی از مصادیق آن مسأله است و سابقاً گذشت که: بیع مال غیر برای خود فضولی مبتلا به اشکال بود (پنج اشکال داشت) و باطل بود، پس این مسأله نیز باطل است و با اجازه بعدی هم قابل تصحیح نیست.

قوله: و ربما لا يجرى:

در این جمله از سوی محشّین بزرگوار مکاسب احتمالاتی داده شده که منظور مستدل (محقّق تستری) از ماء موصول چیست؟ مرحوم سیّد در حاشیه سه احتمال داده^۱ ولی احتمالی که اظهر می باشد اینست که منظور این باشد: پاره‌ای از جوابها و توجیهاتی که در مسأله سوّم از مسائل بیع فضول مطرح شد، در این مسأله قابل طرح نیست، بیان مطلب: یکی از اشکالات در آنجا این بود که: فضولی که مال مردم را برای خودش می فروشد در حقیقت قصد معاوضه حقیقی ندارد بلکه قصد معاوضه صوری و شکلی و ظاهری دارد و لذا معامله اش باطل است.

در جواب اشکال گفته شد که: فضولی قصد معاوضه حقیقی دارد و از این حیث کمبودی ندارد و آن مقدار قصد جدّی که لازم باشد دارد منتهی ریشه این قصد یا اعتقاد به مالکیت است یعنی خیال می کرد واقعاً مالک است و جدّاً معاوضه کرد، و یا ادّعی مالکیت است مثل غاصبین که اوّل ادّعی مالکیت نموده و خود را مالک می دانند و سپس به قصد معاوضه حقیقی اموال مغصوبه و مسروقه را می فروشند. حال این توجیه در مانحن فیه نمی آید، زیرا فرض بحث در جایی است که: فضولی واقعاً و اعتقاداً خود را مالک نمی داند و معذّک می فروشد و واضح است که چنین کسی قصد معاوضه جدّی ندارد و بنا را هم بر مالکیت خویش نگذاشته است. حال اگر در آن مسأله با وجود امکان توجیه مزبور حکم به بطلان شود پس در این مسأله که توجیه مزبور میسر نیست به طریق اولی حکم به بطلان می شود.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در جواب مقابله به مثل کرده و اوّل می فرمایند: خوشبختانه ما در همان مسأله ثالثه هم حکم به صحّت کردیم و کلیّه اشکالهای وارده را جواب دادیم و این مسأله هم که داخل در آن مسأله و شعبه‌ای از آن است همان حکم را خواهد داشت. بعد می فرمایند: و ربّما یسلم... یعنی پاره‌ای از اشکالاتی که در آن مسأله بود در خصوص ما نحن فیه نیست، و آن اشکال چهارم است که در آنجا مطرح بود و آن اینکه: اجازه با انشاء

تطابق ندارد زیرا انشاء بیع برای فضولی واقع شده و متعاقدان مقصودشان تملیک به فضولی بود (بَاعَ مال غیره لنفسه) ولی مالک اصلی برای خودش اجازه می‌کرد نه برای فضولی پس در حقیقت: (مَا قُصِدَ لَمْ يَقَعْ و مَا وَقَعَ لَمْ يُقْصَدْ)، ما أُجِيزَ لَمْ يُنْشَأْ و مَا أُنْشِئَ لَمْ يُجِزْ، و لذا حکم به بطلان می‌شد البته در آنجا از این اشکال به وجوهی اجابت شد، محقق قمی، صاحب جواهر، کاشف الغطاء و شیخ اعظم هر کدام به بیانی جواب دادند ولی به هر حال جای طرح اشکال بود. ولی خوشبختانه این اشکال در ما نحن فیه اصلاً وارد نیست و موضوع ندارد، زیرا اجازه با انشاء کاملاً تطابق دارند معامله برای خود فضولی واقع شده (بَاعَ شَيْئاً لِنَفْسِهِ) و اجازه هم که پس از مالک شدن فضولی محقق می‌شود برای خود فضولی است نه برای مالک اصلی پس مَا أُنْشِئَ أُجِيزَ و از این حیث ابداً مشکلی ندارد. در نتیجه اگر در آن مسأله حکم به صحت کردیم در این مسأله به طریق اولی حکم به صحت می‌کنیم.

قوله: الثانی:

وجه دوم از وجوه قول به بطلان اینست که: در معامله اموری معتبر است، منجمله بایع باید مالک باشد تا معامله اش مؤثر باشد، باید رضایت و طیب نفس داشته باشد، باید قدرت بر تسلیم مبیع داشته باشد و... که این سه امر حتماً باید باشد، آنگاه اگر خود مالک اصلی فروشنده باشد تمام این شرایط موجود است، ولی فرض اینست که: بایع در هنگام بیع مالک نبوده و مال دیگران را فروخته، و نیز قدرت بر تسلیم هم نداشته و نیز در حال عقد طیب نفس مالک هم نبوده، معذک می‌گوییم: بیع فضولی صحیح است این حکم به صحت به خاطر آن است که دل خوش داریم که بعداً مالک اصلی معامله را اجازه می‌کند و بایع حقیقی او است (فضولی فقط عاقد است) و با اجازه به منزله یکی از متعاقدین می‌شود و همه شروط مزبور و نواقص جبران می‌شود. ولی فرض اینست که: مالک اصلی این معامله را امضا نکرد (زیرا به خود فضولی فروخته و اگر به معامله اول راضی بود که این معامله را انجام نمی‌داد). آنگاه معامله باید واجد شروط مزبور باشد، و در هنگام عقد این شروط نبود، و امیدوار بودیم که بعداً با اجازه مالک اصلی محقق شوند که آنهم نشد، پس شروط مزبور فراهم نشد، پس وجهی برای صحت معامله مزبور نمی‌ماند و بناچار باید حکم به بطلان کنیم.

قوله: وفيه:

ما نیز قبول داریم که در صحت و لزوم معامله باید شروط مذکور باشد ولی یک یک آنها را محاسبه می‌کنیم: (اما مالک بودن: ملکیت لازم است و مبیع باید از مالک به دیگری منتقل شود، و مجیز باید مالک باشد اما اینکه ملکیت از زمان عقد داشته باشد هیچ دلیلی ندارد بلکه آنچه مهم است اجازه مالک است، اعم از اینکه مالک اصلی و قدیم باشد و یا مالک جدید باشد، و فرض اینست که: فضولی خودش مالک شده و معامله فضولی را امضا کرده و بیش از اجازه مالک لازم نداریم.)

و اما راضی بودن مالک: ادله می‌گوید: انسانها بر اموال خودشان سلطنت دارند «صغری» و به حکم عقل و شرع اگر سلطنتی هست پس هیچ کس حق ندارد بدون رضایت و طیب نفس آنها در اموال آنان تصرف کند «کبری» نتیجه این دو دسته آن است که: باید طیب نفس مالک هم باشد و ما نیز آن را قبول داریم اما از ادله مزبور بیش از این استفاده نمی‌شود که حتماً رضایت کسی باشد که از زمان عقد مالک بوده، و رضای مالک در حال اجازه کافی نیست، از ادله، رضایت مالک مستفاد است و این مفاد اطلاق دارد یعنی مالک اصلی را می‌گیرد و مالک جدید را هم شامل می‌شود پس اگر مالک جدید امضاء و اجازه کرد این کمبود نیز مرتفع می‌شود.

و اما قدرت بر تسلیم: این را به عنوان یک شرط اساسی برای صحت معامله می‌پذیریم، و می‌گوییم: از اول عقد وجود این شرط لازم است و مجرد قدرت بر تسلیم در زمان اجازه کافی نیست، بلکه باید از زمان عقد قدرت بر تسلیم داشته باشد. و فضولی در حال عقد فاقد این شرط بوده ولی این مطلب دیگری است و از محل بحث ما اجنبی است و ضرری به صحت بیع فضولی مورد بحث نمی‌زند، زیرا که اصولاً بحث ما در بیع فضولی از اول تا آخر در موردی است که معامله جامع جمیع شروط معتبره باشد و از هیچ حیثی کمبود نداشته باشد و تنها کمبودش مسئله رضایت و طیب نفس باشد (که مشکل آن حل شد) و اما اگر از جهات دیگر کسری داشته باشد ارتباطی به فضولی بودن ندارد، در مالک اصلی هم اگر قدرت بر تسلیم نباشد حکم به بطلان می‌شود و مخصوص فضولی نیست.

(البته جواب دیگری شبیه جواب از دو شرط قبل از قدرت بر تسلیم در مورد

قدرت هم قابل طرح است و آن اینکه: همانطور که در عبادات و تکالیف قدرت بر امتثال باید باشد و گرنه تکلیف بما لا یطاق است. ولی قدرت در ظرف امر و ایجاب لازم نیست، امتثال که باشد کافی است. همچنین در معاملات و حکم وضعی هم قدرت بر تسلیم باید باشد ولی قدرت در ظرف امر و ایجاب الزم نیست، دلیلی نداریم که همه جا این قدرت از زمان عقد باشد بلکه مهم قدرت بر تسلیم در حال اجازه است که مسلم است و علی الفرض در ما نحن فیه این قدرت موجود است. پس از این ناحیه هم مشکلی نیست.)

قوله: الثالث:

وجه سوم از وجوه قول به بطلان آن است که: اگر بیع فضولی مزبور با اجازه مالک جدید صحیح باشد و اجازه مؤثر باشد لازمه اش آن است که: کاشفه باشد، زیرا قولی که اصح اقوال و احتمالات و ادله بود همین قول به کشف بود. (به حکم اطلاقات و عمومات و ادله عقلی و نیز روایات خاصه ای که قبلاً گذشت.) آنهم مطلقاً یعنی ادله فرقی نمی گذارد میان اجازه مالک اصلی با اجازه مالک جدید و به طور مطلق حکم به کاشفیت اجازه می کند آنگاه صحت اجازه مستلزم کاشفیت است، و کاشفیت آن یک محذور بزرگی در ما نحن فیه دارد و آن اینکه: مستلزم خروج مال از ملک مالک جدید است پیش از آنکه در ملک او داخل شود، بیان مطلب: فرض اینست که: مالک جدید یکماه قبل (مثلاً) این مال را به دیگری فروخته و بعد از بیست روز از مالک اصلی آن را خریده و مالک شده و بعد از ده روز الان بیع فضولی یکماه قبل را اجازه می کند، آنگاه معنای کاشفیت اجازه آن است که از همان یکماه قبل مبیع ملک مشتری اصیل شده بود، در حالی که از آن تاریخ تا بیست روز به بعد هنوز در ملک فضولی داخل نشده از ملک او خارج شده و چنین چیزی محال است پس صحت اجازه مستلزم کاشف بودن آن و کاشفیت مستلزم محال مزبور است و از بطلان و استحالة لازم به بطلان ملزوم می رسیم یعنی می گوئیم: پس اساساً اجازه صحیح و مؤثر نیست و هو المطلوب.

قوله: وفیه:

ما قبول نداریم که همه جا کاشفیت به معنای خروج مال از ملک مالک از حین عقد فضولی باشد بلکه «الكشف فی کل مورد بحسبه»، یعنی مقدار کشف تابع صحت بیع است و از زمانی که بیع صحیح باشد اجازه کاشف از ملک در همان زمان است. اگر بیع از اول

وقوعش صحیح باشد کشف هم از همان زمان است (در مورد اجازه مالک اصلی) و اگر از ده یا بیست روز دیگر مثلاً صحیح باشد کشف هم از همین زمان است (در مورد مالک جدید) آنگاه به حکم عموماً و اطلاقاتِ صَحَّتِ بیع فضولی، عقدی که از فضولی بر مال غیر لنفسه واقع شده یک عقدی است که از اهل آن (شخص بالغ و عاقل و...) صادر شده و در محل آن (مالی که مالیت عرفی و شرعی دارد و مثل خمر نیست) واقع شده و مقتضی موجود و تنها کمبود آن رضایت مالک است، آنگاه همانطور که اگر مالک اصلی راضی می شد معامله صحیح بود و برای او واقع می شد، هكذا اگر مالک جدید هم راضی شود معامله صحیح است و برای او واقع می شود و چنانکه در جواب وجه ثانی گفته آمد هیچ دلیلی نداریم بر اینکه حتماً رضایت متأخر و اجازه لاحق از مالک اصلی و مالک در حال عقد باشد، بلکه از مالک بودن مهم است که مالک جدید را هم شامل است.

حال که مقتضی موجود است و ادله این مورد را می گیرد و حکم به صَحَّتِ آن می کند می گوییم: (یا اجازه را ناقله می دانیم نه کاشفه که بر این مبنا هیچ اشکالی نیست و خروج مال پیش از ورود آن در ملک هم پیش نمی آید. و یا اجازه را کاشفه می دانیم که بر این مبنا هم می گوییم:) چه اشکالی دارد که کاشفیت به معنای خروج مال از ملک مجیز از اوّل عقد نباشد بلکه از اوّل زمان قابلیت و امکان خروج از ملک مجیز باشد که زمان خریدن و مالک شدن است؟ آیا چنین کشفی محال عقلی یا شرعی را بدنبال دارد؟ خیر، پس ما در اینجا قائل به چنین کشفی می شویم. و شما اگر سخنی دارید یا باید در اصل وجود مقتضی اعتراض داشته باشید و بگوئید: در اینجا مقتضی از برای صَحَّتِ اجازه نیست و ادّله بیع فضولی اینجا را شامل نیست.

و یا اگر وجود مقتضی را قبول دارید مانع تراشی کرده و بگوئید: چنین کشفی مستلزم محال عقلی یا محذور شرعی است. و خوشبختانه در هیچکدام سخنی نیست. زیرا خود شما وجود مقتضی را قبول دارید و لذا در مقام اعتراض نگفتید: اصلاً ادّله صَحَّتِ اینجا را شامل نیست، بلکه گفتید: شمول ادّله مانع دارد که خروج از ملک قبل از ورود در ملک باشد. و ما از این مانع جواب دادیم و کشف فی الجملة را اختیار کردیم، و نیز دیدیم که مانع عقلی و یا شرعی هم ندارد. (البته صرف این کافی نیست و کشف

کذاثی دلیل می طلبید، مگر کسی بگوید: دلیل آن جمع میان ادله است. پس ما چنین کشفی را اختیار می کنیم.

قوله: و لا یتوهم:

اگر کسی ما نحن فیه را (مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَه فَاجَازَهُ) به سایر بیوع فضولی (که خود مالک اصلی معامله را اجازه می کند نه مالک جدید) مقایسه کرده و بگوید: همانطوری که که مالک اصلی حق ندارد اجازه را به زمانی که متأخر از عقد است مقید کرده و اختصاص بدهد، مثلاً بیع فضولی از یکماه قبل منعقد شده ولی مالک اصلی بگوید: از ده روز قبل آن را اجازه کردم (چنین اجازه ای صحیح نیست) همچنین مالک جدید هم حق ندارد از ده روز قبل اجازه کند، مثلاً یکماه قبل فضولی بیع کرده، و ده روز قبل آن را خریده و حالا بخواهد از همان ده روز قبل اجازه کند. چنین اجازه ای هم نباید صحیح باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: قیاس مزبور مع الفارق است و نباید کسی چنین توهمی بنماید، زیرا در مورد اجازه مالک اصلی چون قابلیت دارد که مالک، عقد را از لحظه وقوعش اجازه کند و مفاد کشف هم همین است لذا نوبت به تخصیص اجازه به زمان متأخر نمی رسد، ولی در مورد اجازه مالک جدید اصلاً قابلیت ندارد که وی عقد را از اول اجازه کند چرا که از اول وی مالک نبوده و اجازه باید از سوی مالک باشد تا مؤثر باشد، آری از ده روز قبل که خریداری کرد مالک شد، اجازه اش می تواند کاشف از ملک مشتری از همان ده روز قبل باشد، و این از باب ضرورت و ناچاری است و قبلاً گفتیم که مقدار کشف تابع زمان صحت عقد است. پس قیاس مع الفارق است.

قوله: کما ان:

یکماه قبل معامله فضولی انجام شد، ده روز قبل خود فضولی از مالک اصلی خرید و مالک شد و ده روز بعد اجازه کرد، اجازه هم کاشفه است، ولی در مقام اجازه نگفت: از ده روز قبل اجازه می کنم، یا مطلق نگذاشت تا بر این فرض حمل شود، بلکه صریحاً دایره اجازه را تعمیم و توسعه داد و گفت: من این معامله را از همان یکماه قبل (زمان وقوع عقد) اجازه کردم، آیا این تعمیم قاذح است و اجازه را از تأثیر می اندازد؟ خیر قاذح نیست بلکه لغو است زیرا در آن بیست روز وی مالک نبود تا اجازه اش مؤثر باشد (نظیر اینکه یکماه قبل معامله فضولی انجام شد و الان که مالک اصلی باخبر شد بگوید: من این

معامله را از دو ماه قبل اجازه می‌کنم که باز ذکر دو ماه لغو و زیادی است ولی یکماه هم داخل آن است و چونکه صد آمد نود هم پیش ما است، پس از همان یکماه قبل منعقد می‌شود. در ما نحن فیه هم از ده روز قبل اجازه مؤثر است نه از یکماه قبل و ذکر یکماه لغو و زیادی است و قادح نیست، البته اگر به شرط شیئی باشد قادح است ولی معمولاً چون لا بشرط است منافاتی پیش نمی‌آید.)

سؤال: انگیزه مالک جدید از تقیید اجازه به یکماه قبل و زمان انعقاد عقد چیست؟
جواب: انگیزه اش مطالبی است که در باب کشف گفته آمد که: معنای اجازه امضای مضمون عقد است و مضمون عقد یا اصل نقل است و زمانی که انشاء در آن واقع شده ظرفیت دارد و یا نقل مقید به زمان عقد است و زمان قیدیت دارد. و به این جهت تصریح به امضای از زمان عقد می‌کند

قوله: الرابع:

وجه چهارم از وجوه قول به بطلان اینست که:

۱- صحت عقد اول (بیع فضولی) وابسته به اجازه خود بایع فضولی است (زیرا که علی الفرض مالک اصلی اجازه نکرده و نمی‌کند وگرنه به خود فضولی نمی‌فروخت).
۲- صحت و تأثیر اجازه بایع فضولی در گرو مالکیت او است. (زیرا اجازه مالک تأثیر دارد نه غیر مالک)

۳- و مالکیت بایع فضولی هم متوقف بر صحت ثانی (که فضولی از مالک اصلی همان مبیع را خریداری کرده) است. (زیرا اگر عقد ثانی باطل باشد، وی مالک نمی‌شود تا بتواند اجازه بکند.)

۴- صحت عقد ثانی هم فرع بر بقاء مالکیت مالک اصلی تا زمان این عقد است (زیرا اگر قبل از آن از ملک او خارج شده که عقد ثانی صحیح نخواهد بود). حال که این چند امر در طول هم و متوقف بر یکدیگر شد (صحت عقد اول ← اجازه مالک جدید ← مالکیت وی ← صحت عقد ثانی ← بقاء مالکیت مالک اصلی) می‌گیریم: یک ماه قبل معامله فضولی انجام شد، پس از بیست روز از معامله فضولی خود فضولی از مالک اصلی خرید و مالک شد و ده پس از مالک شدن بیع فضولی خود را اجازه کرد، در اینجا از طرفی در طول بیست روز مالک اصلی مالک مبیع است وگرنه صحت عقد ثانی

زیر سؤال می‌رفت، و از طرفی اگر اجازه فضولی (که مالک جدید شده) مؤثر باشد (علی الاصح کاشفه است) پس باید کاشف از این باشد که مشتری اصیل از اوّل عقد در واقع مالک این مبیع بوده پس در آن بیست روز مشتری هم مالک بوده و این اجتماع دو مالک مستقل بر مملوک واحد در زمان واحد است (و چنین چیزی یا اجتماع مثلین است که محال می‌باشد و یا) اجتماع ضدّین است زیرا ضدّان دو امر وجودی را گویند که تمناع وجودی دارند و هر کدام مانع از وجود دیگری است، در اینجا هم وجود دوّمی (مالکیت مشتری) خواهان عدم اوّلی (مالکیت مالک اصلی) و مانع از وجود اوّلی است، متقابلاً وجود اوّلی هم مانع از وجود دوّمی است، پس در ظرف آن بیست روز هر کدام از دو ملک مزبور هم هست و هم نیست و این اجتماع نقیضین و محال است. پس صحّت عقد فضولی مستلزم این محذور بزرگ است و لازم محال است پس ملزوم هم که صحّت بیع فضولی باشد محال و باطل خواهد بود.

قوله: فان قلت:

مستدلّ به خود ایرادی وارد کرده و جواب داده است: اما ایراد: اگر کسی بگوید: محذور مزبور (اجتماع ضدّین) اختصاص به ما نحن فیه (من باع شیئاً ثمّ ملکه...) ندارد بلکه در مطلق بیعهای فضولی جاری و ساری است (حتی آنجا که خود مالک اصلی اجازه می‌کند) زیرا که صحّت عقد فضولی که مثلاً یکماه قبل واقع شده وابسته به اجازه لاحقّه است و تأثیر اجازه هم وابسته به بقاء مالکیت مالک اصلی تا زمان اجازه است، پس تا روز اجازه وی کماکان مالک است، از طرفی هم صحّت اجازه مستلزم قول به کشف است یعنی کاشف از اینست که: در واقع مشتری اصیل از روز اوّل مالک مبیع بوده پس در طول این یکماه یعنی از لحظه عقد تا لحظه اجازه دو مالک بر یک مملوک جمع شده و این اجتماع ضدّین و محال است. پس اشکال مخصوص ما نحن فیه نیست.

قوله: قلت:

و اما پاسخ: در سایر بیوع فضولی که خود مالک اصلی اجازه می‌کند اشکال مزبور قابل جواب و حلّ است و میان دو نوع ملکیت را می‌توان جمع کرد به اینکه: در صحّت و تأثیر اجازه وجود ملکیت واقعی معتبر نیست بلکه ملکیت ظاهری و صوری هم کافی است و ملکیت ظاهری به برکت استصحاب بقاء ملک می‌آید. و بیش از این لازم نداریم، زیرا

اجازه در حقیقت رفع ید کردن از حقّ و اسقاط حقّ است و این کار چندان مؤونه‌ای لازم ندارد، و لذا می‌توان گفت: مالکیت مالک اصلی در طول این مدّت یک مالکیت ظاهری و صوری بوده و بعداً که اجازه آمد کاشف از اینست که مالکیت مشتری یک مالکیت واقعی و حقیقی بوده و میان ملکیت ظاهری و صوری با ملکیت واقعی منافاتی نیست و قابل جمع است. (همانند جمع میان احکام واقعی و ظاهری در علم اصول) ولی در ما نحن فیه نتوان این حرف را زد، زیرا تا مالک اصلی واقعاً مالک نباشد نمی‌تواند به فضولی بفروشد، (لا بیع الا فی ملک) ملکیت شرط واقعی صحتّ بیع است، پس در طول بیست روز وی واقعاً مالک است. و بعد هم که اجازه آمد کاشف از این است که: در طول آن مدّت مشتری هم مالک واقعی بوده و جمع میان دو ملکیت واقعی در یک زمان از محالات است. پس در ما نحن فیه مشکل کماکان به صورت لا ینحل باقی است.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ همان جوابی را که از وجه ثالث ذکر کردند، اینجا نیز می‌آورند، و آن اینکه: ماهاکه طرفدار صحتّ هستیم و معامله مزبور را با اجازه فضولی (مالک جدید) صحیح می‌دانیم، می‌گوییم: (با اجازه ناقله است که محذوری ندارد و اجتماع مالکین پیش نمی‌آید و یا اگر کاشفه باشد) مقدار کشف تابع صحتّ بیع ثانی و مالکیت فضولی است یعنی از زمانی که وی خرید و مالک شد (که مثلاً ده روز قبل باشد) از ملک وی به ملک مشتری منتقل می‌شود و اجازه در این مقدار مؤثر است، چون در این ظرف زمانی وی مالک است و اجازه مالکی محقق است و گرنه پیش از آن وی مالک نبوده و قابلیت نداشته که اجازه‌اش کاشف از ملکیت از اوّل عقد باشد. و وقتی کشف تا این اندازه بود (که در جواب وجه ثالث گفتیم چنین کشفی هیچ محذور عقلی و شرعی ندارد.) اجتماع دو مالک بر یک مال و در نتیجه اجتماع ضدین پیش نمی‌آید، زیرا در واقع از اوّل عقد فضولی تا روز بیستم، مال فقط ملک مالک اصلی بود و از روز بیستم که به فضولی منتقل شد و بعداً وی عقد اوّل را اجازه کرد فقط ملک مشتری اصیل است، و مالکیت‌ها در دو زمان است نه در یک زمان، و این محال نیست، آری اگر اجازه کاشف از مالکیت مشتری از اوّل عقد بود آن محذور پیش می‌آمد، ولی این همان وجه سوّم است که به بیان دیگر اعاده کردید و ما قبلاً آن را پاسخ دادیم و نیازی به اعاده نبود.

(مرحوم شہیدی^۱ بہ پیروی از استادش مرحوم سید^۲ فرمودہ: اقول مجزّد اتّحاد الاشکالین فی المبنی لا یوجب کون احدهما اعادة للآخر بتقریر آخر و لا یخفی أنّ مناط الاشکال الاول فی المقام لزوم خروج الملک عن ملک المجیز قبل دخوله فیہ مع قطع النظر عن لزوم اجتماع المالکین و مناط الاشکال الثانی لزوم اجتماعهما مع قطع النظر عن الخروج قبل الدخول فالفرق بینهما بالمعاکسة فکیف یمکن ان یکون احدهما عین الآخر باختلاف التقریر، نعم مبناهما کاشفیة الاجازہ من حین العقد و لکن وحدة المبنی لا توجب وحدة الاشکال.)
قوله: نعم:

آری اشکال دیگری کہ بہ صورت إنّ قلت در کلام مستدل بیان شد و بہ مطلق بیع فضولی وارد بود، باقی و بر قرار است و اشکال و وارد است و غیر از اشکال خاصّ بہ ما نحن فیہ است. و اگر نخواہیم آن اشکال را در ما نحن فیہ بیاوریم باید بگوییم: بر مبنای کاشفیّت اجازہ در ما نحن فیہ در طول مدّت بیست روز نہ تنها اجتماع دو مالک بلکہ اجتماع سه مالک پیش می آید:

- ۱- مالک اصلی در این مدّت واقعاً مالک است و گر نہ عقد صحیح نبود.
- ۲- مشتری اصیل ہم در مدّت مزبور واقعاً مالک بودہ، و اجازہ کاشف از آن است.
- ۳- خود بایع فضولی یا مجیز ہم باید مالک باشد زیرا اجازہ می خواہد ملک را از مجیز بہ مجازلہ منتقل کند و تا مجیز مالک نباشد معقول نیست کہ مجازلہ مالک شود، پس برای وی نیز در طول مدّت مزبور فرض مالکیت شد، و این اجتماع سه مالک بر مملوک واحد است نہ دو مالک، و محذورش بیشتر است. (آری در ظرف ده روز اخیر یعنی از روز بیستم تا روز سی ام کہ اجازہ می آید مالک اصلی بر کنار می شود ولی باز سخن از اجتماع دو مالک یعنی مجیز و مشتری مطرح است کہ اجتماع ضدّین و محال است.)

قوله: ثمّ انّ:

مستدلّ در ادامہ وجہ چہارم بہ خودش اشکالی کرد (ان قلت...) سپس از آن جواب داد (قلنا...) در آن جواب نکات و تعابیری بود کہ مرحوم شیخ آنها را مورد نقد و بررسی قرار

می دهند و به آنها اعتراض می کنند و در مجموع چهار اعتراض است:

۱- جوابی که مستدل از اشکال وارده بر مطلق بیع فضولی (برای اجازه مالک اصلی ملکیت ظاهری و صوری کافی است و...) قانع کننده نیست چراکه اگر ما اجازه مالک اصلی را کاشفه بدانیم و بگوییم: اجازه که آمد کاشف از اینست که از اول عقد (یکماه قبل) و پیش از اجازه مبیع ملک واقعی مشتری بوده و مالک اصلی در حین اجازه واقعاً مالک نبوده لازمهاش آن است که: حکم به بطلان و لغویت اجازه مالک اصلی بنمائیم، زیرا اجازه باید از مالک باشد و علی الفرض بر مبنای کشف، وی در حال اجازه مالک نبوده پس اجازه اش باید باطل باشد در حالی که شما در مطلق بیع فضولی فتوی به بطلان نمی دهید.

اگر شما بگوئید: گر چه مالک اصلی در حال اجازه مالک واقعی نبوده ولی مالک ظاهری (به برکت استصحاب ملکیت) که هست و همین مقدار کافی است برای صحت و تأثیر اجازه او و خروج اجازه اش از لغویت.

خواهیم گفت: مالکیت ظاهری و استصحابی و بناگذاری بر مالکیت تا ما دامی است که کشف خلاف نشود و معلوم نگردد که دیگری مالک بوده و الا ارزشی ندارد، ولذا اگر شخصی به اعتقاد اینکه مالک است اجازه داد و بعد معلوم شد که از اول مالک نبوده و صرفاً خیال می کرده که مالک است، به اجازه او ترتیب اثر داده نمی شود، سر مطلب آن است که مالکیت از شروط واقعی است یعنی واقعاً باید مالک باشد تا اجازه و سایر تصرفاتش نافذ باشد. نه از شروط علمی و اعتقادی که اعتقاد به مالکیت کافی باشد. پس مالکیت ظاهری کافی نیست. و مالکیت واقعی هم مستلزم محذور اجتماع ضدین در مطلق بیع فضولی است و اشکال مستشکل وارد است.

۲- قوله: ثم ان ما ذكره:

مستدل گفت: اجازه عقد قدیم با خود عقد جدید (که فضولی از مالک خریداری می کند) فرق دارند، به اینکه: برای اجازه، ملکیت ظاهری و صوری هم کافی است ولی برای عقد و بیع جدید ملکیت واقعی لازم است و باید فروشنده واقعاً مالک باشد تا بتواند بفروشد و بعد نتیجه گرفت که: در مطلق بیع محذور جمع بین ضدین در فرض اجازه مالک اصلی پیش نمی آید ولی در خصوص ما نحن فیه (من باع شیئاً) کاشفیت اجازه از سوی مالک جدید، محذور مزبود را دارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این فرق گذاری هم تحکّم محض و قول بلا دلیل است و ما معتقدیم که میان اجازه و عقد جدید از این حیث فرقی نیست و برای صحت و تأثیر هر کدام نیازمند به ملکیت واقعی و حقیقی هستیم نه ظاهری و صوری، زیرا که اجازه در حقیقت قائم مقام یک طرف عقد است و گویا تازه ایجاب را به زبان جاری می‌کند و در نتیجه احکام عقد را دارد یعنی تا مجیز واقعاً مالک نباشد اجازه‌اش نافذ نیست، چه اینکه اگر واقعاً مالک نباشد عقد و بیعش هم ناصحیح است (لا بیع الا فی ملک)

۳- قوله: خصوصاً:

مستدلّ برای اثبات مدعای خود (که در اجازه مالکیت ظاهری کافی است) اینگونه استدلال کرد که: اجازه رفع ید از حق و اسقاط حق است و چندان مؤونه‌ای ندارد و لذا اثبات مالکیت ظاهری هم برای اسقاط حق کافی است. مرحوم شیخ می‌فرماید: وقتی خود شما قبول دارید که واقعاً حقّ نیست و مالک اصلی بر مبنای کشف از یک ماه قبل حقّ ندارد، چگونه حقّ نداشته را اسقاط کند و از آن صرف نظر کند؟!

۴- قوله: مع انّ:

اصولاً قبول نداریم که اجازه رفع ید از حقّ و اسقاط حق باشد، بلکه می‌گوییم: اجازه نیز رفع ید از ملک است (مثل عقد و بیع جدید) و مجیز در واقع با اجازه کردن، علقه ملکیت خویش را منقطع ساخته و برای طرف اصیل این علقه را ایجاد کرده است. پس باید واقعاً ملکی باشد تا اجازه کند.

قوله: والتحقیق:

تحقیق مطلب آن است که: اشکال مزبور (اجتماع دو مالک واقعی بر ملک واحد...) بر مبنای مشهور در باب اجازه مبتنی است که مشهور طرفدار کشف حقیقی بودند و گفتند: اجازه متأخر و لاحق موجب می‌شود که عقد متقدم و سابق از زمان خود عقد صحیح و مؤثر و ملک آور شود آن گاه در واقع مشتری اصیل مالک است و صحت اجازه هم فرع بر اینست که: در واقع در حال اجازه مالک اصلی هم مالک باشد و محذور جمع میان ضدّین مطرح می‌شود، (اما بر مبنای نقل محذوری نیست، بر مبنای کشف فی الجمله و از اوّل زمان امکان در خصوص ما نحن فیه مشکلی نیست، و بر مبنای کشف حکمی هم در مطلق بیع فضولی مشکلی نیست زیرا که ملکیت که از اوّل نیامده تا جمع میان ضدّین

شود، آرى تا حُد امکان احكام و آثار ملك مترتب شده است.)

(نکته: مرحوم شيخ بر مبنای كشف حقيقى و رود اشكال مزبور را مى پذيرد و تسليم مى شوند، ولى حقّ اينست كه: باز هم اشكالى نيست و جمع ميان ضدّين نمى شود، زيرا مالکيت مالک اصلى با قطع نظر از اجازه است و لولا اجازه او مالک است و مالکيت مشتري اصيل با فرض اجازه است و مع اجازه وى مالک است و منافاتى ميان آندو نيست، نظير اينكه نماز شب ذاتاً مستحب است و در سايه نذر و عهد و يمين واجب مى شود و ميان آن استحباب و اين وجوب منافاتى نيست زيرا آن استحباب لولا النذر ثابت است و وجود لولائى دارد و اين وجوب مع النذر ثابت است، پس على جميع المباني مشکل مزبور قابل حلّ است. و سخن مرحوم شيخ در اينجا منافاتى ندرد با سخن ايشان در باب كشف و نقل كه فرمودند: مقتضای اخبار خاصّه كشف حقيقى است.)

قوله: الخامس:

وجه پنجم از وجوه قول بطلان: صحّت عقد اوّل (فضولى) وابسته به اجازه بعدى مالک جديد (بايع فضولى) است، و اجازه بعدى هم بر فرض صحّت و تأثير، كاشفيت دارد يعنى كشف مى كند كه از زمان عقد در واقع اين مبيع ملك مشتري بوده، آن گاه لازمه كشف مزبور آن است كه: عقد دوّم (كه بايع فضولى از مالک اصلى براى خود خريده) بر مال مشتري اصيل واقع شده باشد، و اگر ملك او را فروخته اند پس به حكم قانون كلّى (اعتبار طيب نفس مالک) وى بايد پاى اين قرار داد و عقد را امضاء نمايد.

قوله: كما لو بيع:

در اين وسط تنظيرى مى آورند: اگر فضولى مال مردم را به شخص فروخته و مجدداً پس از مدّتى همان فضولى يا فضولى ديگر يا خود مشتري كه از فضولى اوّل خريده بود همان مبيع را به شخص ديگر فروخت، آن گاه مالک اصلى با خبر شد و بيع فضولى نخستين را امضاء كرد، مشتري اصيل مالک شد و على الكشف بيع دوّم در ملك واقعى مشتري انشاء شده پس بايد مشتري كه مالک است آن را اجازه دهد تا صحيح و لازم شود.

قوله: فعلى هذا:

دنباله وجه پنجم: حال كه مشتري هم بايد عقد جديد را امضاء كند لازم مى آيد كه اجازه

هر یک از دو شخص (مشتري اصیل و بايع فضولی یا مالک جدید) بر اجازه شخص دیگر وابسته باشد، زیرا تا مالک جدید اجازه نکند کاشفی از ملک مشتری اصیل پیدا نمی شود و تا مشتری اجازه نکند فضولی مالک جدید نمی شود تا بتواند اجازه کند پس اجازه مشتری متوقف بر اجازه مالک جدید است تا کاشف شود و اجازه مالک جدید هم وابسته به اجازه مشتری است. و این دور و محال است.

قوله: و توقف:

نه تنها دو اجازه بر یکدیگر وابسته می شود بلکه صحت هر دو عقد (اولی و دومی) وابسته به اجازه مشتری اصیل (در عقد اول) خواهد بود منتهی صحت عقد ثانی به طور مستقیم وابسته به امضاء او است و صحت عقد اول هم مع الواسطه و غیر مستقیم وابسته به امضاء او است و این از چیزهای عجیب و غریب است (شنیده بودیم که صحت بیع فضولی را باید مالک اصلی اجازه کند ولی شنیده بودیم که مشتری اصیل باید اجازه کند!!)

قوله: بل:

در حقیقت وجه پنجم دو وجه است یکی محذور دور که تا به حال ذکر شد و دیگری محذوری که ذیلاً می آوریم: مستدل می گوید: توقف صحت هر دو عقد بر اجازه مشتری نه تنها از اعاجیب است بلکه از محالات است، زیرا سه نوع محذور می توان درست کرد: الف: دو معامله صحیح باشند و مالک اصلی نه مالک ثمن شود و نه مثنی، بیان مطلب: معامله فضولی اول را که مالک اصلی اجازه نداد تا مالک ثمن شود، زیرا به فضولی فروخت، پس از شراء فضولی و مالک شدن مثنی از دست مالک هم که مالک جدید عقد اول را اجازه کرد، اجازه کاشف از ملکیت مشتری از زمان عقد است، پس در حقیقت عقد ثانی در ملک مشتری واقع شده و باید او اجازه کند و اگر او اجازه کرد مثنی از ملک او به مالک جدید منتقل می شود و در عوض ثمن هم باید به ملک مشتری برگردد پس مالک اصلی مثنی را باخت و از دست داد بدون اینکه از ثمن اول و دوم چیزی عائدش شود. و این محال است زیرا معامله یعنی جا به جایی و نقل انتقال و معقول نیست که مثنی از ملک وی خارج شود ولی ثمن در ملک او داخل نشود.

ب: مشتری اول هم مالک عوض و هم معوض شود و به عبارت دیگر مبیع را بدون

پرداخت عوض تملک کند. بیان ذلک: اَمَّا تملک مبیع: چون از فضولی به عقد اول خریداری کرد و بعد هم مالک مبیع (خود فضولی که مالک جدید شده) آن را اجازه کرد و اجازه موجب صحت و لزوم آن گردید، پس مبیع را با امضاء عقد اول مالک شد. و اَمَّا تملک ثمن: فرض این است که علی الکشف بیع ثانى هم در ملک واقعی او صورت گرفته و وقتى او اجازه کرد باید ثمن به او منتقل شود، پس بدین وسیله مالک ثمن هم شد و به عبارت دیگر بدون پرداخت عوضى، مالک مبیع شد و این محال است زیرا جمع بین عوض و معوض نشاید و با مفهوم معاوضه سازگار نیست، و نیز معاوضه یک طرفى و بلا عوض هم معقول نیست. البته این صورت سه شعبه دارد:

۱- اگر ثمن بیع اول و دوم یکی بوده و در هر دو معامله به هزار تومان مثلاً معامله شده در اینجا با امضاء عقد ثانى هزار تومان را مالک شد و با اجازه مالک جدید نسبت به عقد اول مالک مثنى شد، پس تملک بلا عوض است.

۲- اگر ثمن بیع اول بیشتر بوده مثلاً به هزار و دویست تومان معامله شده بود و ثمن بیع ثانى کمتر بود یعنى هزار تومان مثلاً، وقتى امضاء کرد مبیع را تملک می کند ولى به چیزى کمتر از ثمنى که داده بود یعنى با هزار تومان و در واقع دویست تومان از جیب او رفته.

۳- عکس فرض قبلى باشد که در واقع مقدارى اضافه هم نصیبش شده است.

(ج: فرض دیگرى هم تصویر دارد که در کلام مستدل نیامده و آن تملک مالک جدید است نسبت به مثنى بلا عوض زیرا وی بیع فضولى خود را که امضاء کرد مشتری مالک مثنى و وی مالک ثمن مأخوذ از مشتری شد، و بعد که مشتری بیع ثانى را امضاء کرد قهراً مثنى را به مشتری جدید (بایع فضولى قدیم) منتقل کرده و ثمن را از او دریافت کرده پس فضولى با همان ثمن که به مشتری اول فروخته بود مجدداً از مشتری اول خریداری کرد و بدون پرداخت چیزى مالک مبیع شد که این نیز محال است.)

حال تمام این محالها و محذورها بر مبنای صحت و تأثیر اجازه مالک جدید در عقد اولی است و چون این صحت محاذیرى دارد خودش هم محال و باطل خواهد بود، پس چنین بیع فضولى ای صحیح نیست و با اجازه بعدى هم تصحیح نمى شود. و هو المطلوب.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ می‌فرماید: جواب از وجه پنجم همانند جواب از وجه رابع و ثالث است یعنی محذورات مذکور مبتنی بر این است که ما اجازه را کاشف از ملک از زمان عقد بدانیم، اما اگر گفتیم: مقدار کشف تابع صحت بیع جدید و مالکیت مالک جدید است هیچکدام از محاذیر پیش نمی‌آید: نه دو اجازه بر یکدیگر متوقف می‌شوند، زیرا اجازه مالک جدید لازم است و صحت بیع فضولی بر آن وابسته است ولی نوبت به اجازه مشتری اصیل نمی‌رسد. و نه محذور معامله بدون ثمن و... پیش می‌آید.

قوله: و الحاصل:

وجه سوم و چهارم و پنجم هر سه بر مبنای کشف حقیقی مبتنی هستند و بر این مبنا صحت عقد مزبور محال است متنتی این محال به تقریرات مختلف در کلام تستری بیان شد: در وجه سوم محذور خروج از ملک قبل از ورود به ملک مطرح شد، در وجه چهارم محذور اجتماع ضدین عنوان شد و در وجه پنجم محذور دور و معاوضه بلا عوض ذکر شد. (قبلاً ضمن نکته‌ای اشاره شد که حتی بر مبنای کشف حقیقی هم محذوری پیش نمی‌آید.)

قوله: السادس:

وجه ششم از وجوه قول به بطلان: هر یک از اجازه و ردّ بیع فضولی گاهی قولی است و گاهی فعلی به عبارت دیگر: گاهی انشاء اجازه یا ردّ و فسخ بوسیله قول محقق می‌شود و گاهی توسط فعل حاصل می‌شود: انشاء اجازه به قول آن است که: صریحاً مالک اصلی در مقام امضاء بیع بگوید: أَجَزْتُ، أَفْضَيْتُ، رَضَيْتُ و... انشاء اجازه به فعل آن است که: مالک اصلی فعلی که از لوازم اجازه است و با اجازه لازم و ملزوم می‌باشد انجام دهد، مثلاً پس از اطلاع از بیع فضولی، در ثمن تصرف نماید که کاشف از اجازه بیع است. انشاء فسخ و ردّ بوسیله قول آن است که مالک اصلی بگوید: فَسَخْتُ یا رَدَدْتُ یا اِبْطَلْتُ و... و انشاء فسخ توسط فعل آن است که کاری انجام دهد که لازمه فسخ کردن است، فی المثل پس از اطلاع از بیع فضولی با علم و قصد و التفات و به نیت ردّ بیع فضولی در مبیع تصرف ناقل یا متلف انجام دهد.

حال در ما نحن فیه هم (من باع شیئاً ثم ملکه...) فسخ فعلی است، زیرا وقتی مالک

اصلی مبیع را به خود فضولی فروخت پس بدست خویش مبیع را از ملک خود به دیگری منتقل کرد و ثمن آن را هم مالک شد زیرا که معامله دُوم از سوی خود مالک بوده و صحیح است و اثر که نقل و انتقال باشد بر آن مترتب می شود، پس وی مالک ثمن در عقد جدید شد و این معنی با امضاء عقد فضولی و حکم به صحت عقد اول (عقد فضولی) قابل جمع نیست، زیرا صحت عقد اول بدان معنی است که مالک اصلی، ثمن عقد اول مالک شود، و چون عقد ثانی از خود مالک بوده و صحیح است، فسخ عقد اول محسوب می شود (فسخ فعلی) و فرق ندارد که مالک اصلی از بیع فضولی مطلع بود و بیع دُوم را انجام داد یا مطلع نبود که حتی در این فرض هم بیع ثانی صحیح شد نوبت به بیع اول نمی رسد و اجازه بعدی مالک اصلی فایده ای ندارد.

(یا از باب اینکه اجازه مسبوق به ردّ فعلی است و شرط تأثیر اجازه این بود که مسبوق به ردّ نباشد، یا از باب اینکه پس از فروش متاع به بایع فضولی، مالک اصلی مالک متاع نیست تا اجازه اش مؤثر باشد، اجازه مالک ارزش دارد نه هر کس، و یا از باب اینکه محلّ اجازه فوت شده و مالک اصلی نمی تواند اجازه کند، و یا از باب اینکه تأثیر اجازه در صحت عقد اول بدان معنی است که ثمن عقد اول هم به مالک اصلی برسد و این صحیح نیست زیرا یک متاع یکبار قابل بیع است و به یک ثمن معامله می شود نه به دو ثمن مستقل) و معنای بطلان بیع فضولی جز این نیست که: اجازه لاحق در آن مفید و مؤثر نباشد. (البته در طول استدلال سخن از اجازه مالک اصلی بود و مستدل، این را ردّ کرد، ولی هیچگاه از اجازه مالک جدید سخنی به میان نیامد و نقطه ضعف این دلیل در اینجا است و لذا بعداً در جواب، مرحوم شیخ از همین نقطه ضعف استفاده خواهند کرد.)

قوله: وبالجملة:

در ادامه مستدل بیع فضولی را به سایر عقود جایزه (هبة جایزه، بیع خیاری و...) مقایسه کرده و می گوید: همانطوری که عقود جایزه قابل فسخ به فسخ فعلی هستند (به اینکه واهب در عین موهبه به هبة جایزه، تصرف نموده و آن را به دیگری بفروشد یا برای جائی وقف کند و... یا ذی الخيار در مدتّ خیار مبیع به بیع جایز را به شخص دیگر به بیع لازم بفروشد و... که نزد فقهاء این تصرفات و افعال از واهب و ذوالخیار به معنای فسخ

هبه یا بیع خیاری است.) همچنین در بیع فضولی هم که عقدی متزلزل است مثل عقود متزلزل دیگر با فسخ فعلی قابل فسخ است.

و بلکه اگر در سایر عقود فسخ فعلی روا است پس در بیع فضولی به طریق اولی جایز و مؤثر است، (وجه اولویت: در سایر عقود اثری حاصل شده و ملکیتی از اوّل آمده و مشتری یا متهب مالک شده‌اند منتهی به ملک جایز، معذک فسخ فعلی کافی است و موجب انفساخ بیع می‌شود پس در بیع فضولی که تا اجازه نیاید اصلاً اثری نیست و معامله مراعا و متزلزل است و هنوز طرف مالک هم نشده به طریق اولی قابل فسخ به فسخ فعلی است.)

نتیجه: در ما نحن فیه (من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه) اجازه مالک اصلی فایده‌ای ندارد زیرا که مسبوق به ردّ و فسخ مالک اصلی است و (فسخ فعلی) پس حکم به بطلان می‌شود.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ در جواب این وجه مطالبی دارند که در دو بخش عرضه می‌کنند:

۱- در بخش اوّل اصل استدلال را پاسخ می‌دهند و در این بخش باز سخنانی دارند که در مجموع سه صورت تصویر می‌کنند و ما قدری ترتیب بحث را به هم می‌زنیم تا نظم طبیعی درست شود:

الف: گاهی مالک اصلی پس از اطلاع از بیع فضولی انشاء فسخ قولی می‌کند و صریحاً آن را ردّ می‌کند مثلاً می‌گوید: فسختّ البیع، ابطلته و... چنین فسخی یقیناً مؤثر است و قدر متقین و مصداق اکمل فسخ همین است و اگر صریحاً معامله فضولی را ردّ کرد، آن معامله باطل خواهد شد.

و دلیل مطلب دو امر است: دلیل اوّل اجماع است: اجماعی است که بدین وسیله انشاء فسخ صورت می‌گیرد و معامله باطل می‌شود.

دلیل دوّم عموم قاعده سلطنت است: الناس مسلّطون می‌گوید مردم بر اموال خویش سلطنت دارند پس مالک اصلی می‌تواند علاقه دیگران را از مال خودش قطع کند و با فسخ گفتن این کار را می‌کند.

ب: و گاهی مالک اصلی پس از اطلاع صریحاً انشاء فسخ نمی‌کند و فسخ قولی در

میان نیست ولی عملاً آن را ردّ می‌کند یعنی به قصد فسخ و به نیت انشاء ردّ، کاری را که منافی با امضاء بیع فضولی باشد انجام می‌دهد مثلاً به قصد ردّ، مبیع به شخص بیع فضول را به شخص دیگر می‌فروشد یا آن را تلف می‌کند و... این تصرف‌های ناقلاًنه یا متلفانه با نیت مزبور، فسخ فعلی است و به نفس این کارها انشاء فسخ می‌کند، آنگاه نزد کسانی که فسخ فعلی هم کافی باشد، باز این کارها فسخ بیع است و بدنبال آن اجازه کردن تأثیری ندارد و لغو است.

ج: وگاهی مالک اصلی کاری را که منافی با اجازه و امضاء عقد فضولی باشد انجام می‌دهد ولی اصلاً از عقد فضولی اطلاع ندارد، یا اگر باخبر شده بود در حال انجام این کار به کلی از آن غافل بود و یا اگر ملتفت هم بود قطع نظر از آن کرده نفیاً و اثباتاً کاری به بیع فضولی نداشت و در یک کلام فعل منافی مجرد از قصد فسخ و ردّ بود، مثلاً شخصی فضولتاً زنی را به عقد مردی در آورده بود، آن زن پیش از اینکه باخبر شود رفت و با مرد دیگری ازدواج کرد و خود را به عقد او در آورد، این تزویج دوم عملی است که با امضاء نکاح اوّل منافی است و قابل جمع نیست که هر دو صحیح باشد. یا مثلاً فضولی مال مردم را فروخته بود، مالک اصلی بدون اطلاع و التفات به بیع فضولی، آن را به دیگری (خود فضولی یا فرد دیگر) فروخت که این فعل منافی با صحّت و نفوذ عقد فضولی است و جمع آن دو نشاید، ولی این فعل منافی به معنای ردّ عقد فضولی و انشاء فسخ آن نیست چون قصد ردّ ندارد، آری حدّ اکثر این است که: فعل منافی که آمد محلّ اجازه مالک اصلی فوت می‌شود و از این حیث عقد فضولی از قابلیت امضاء و اجازه خارج می‌شود،

آن هم در بعضی موارد مطلقاً و نسبت به همه کس محلّ اجازه فوت شده مثل نکاح فضولی که پس از تزویج با مرد دیگر نه خود زن حق دارد نکاح فضولی را اجازه کند و نه شوهر او چنین حقی دارد، و شرعاً ممنوع است. و در بعضی موارد نسبت به مالک اصلی اجازه موضوع ندارد، مثل مورد بحث ماکه وقتی مالک اصلی به خود فضولی فروخت، و بیع هم صحیح بود، جا ندارد که برگردد و بیع فضولی را هم امضاء کند، چون از این پس مبیع ملک او نیست تا اجازه‌اش مؤثر باشد و اجازه مالک لازم است. ولی این منافاتی ندارد با جواز امضاء مالک جدید (که بحث ما هم در همین است) از سوی مالک جدید

نه ردّی صورت گرفته تا اجازه‌اش مسبوق به ردّ باشد و نه محلّ اجازه فوت شده است پس هیچ مانعی ندارد که مالک جدید آن را امضا کند و با امضا او معامله صحیح و لازم شود. (این بود سه صورت اصلی مطلبِ مرحوم شیخ در جواب وجه ششم، حال برگردیم و نکات ریز عبارت را بررسی کنیم.

قوله: و الجواب ان...:

فسخ عقد فضولی عبارت است از انشاء ردّ عقد، پس فسخ و اجازه از انشائیات هستند نه اینکه اخبار و حکایت باشند، و به نفس انشاء وجود پیدا می‌کنند، منتهی انشاء ردّ گاهی قول است و گاهی فعلی.

قوله: و اما الفعل...:

مربوط به صورت سوّم است که مبسوطاً آوردیم.

قوله: نعم لو فسخ:

مربوط به صورت اوّل است که به ترتیب ذکر کردیم.

قوله: فالحاصل:

خلاصه و چکیده صورت سوّم است و آن اینکه: منظور مستدلّ از اینکه گفت: بیع دوّم یعنی بیع مالک اصلی به خود فضولی فسخ عقد اوّل می‌باشد، چیست؟ اگر منظور آن است که: بیع دوّم فی الجمله (نسبت به خود مالک اصلی) مبطل اثر عقد اوّل است و خود مالک نمی‌تواند آن را امضاء کند، ما نیز قبول داریم ولی این منافاتی ندارد با جواز و نفوذ اجازه مالک جدید. و اگر منظور آن است که: بیع مالک اصلی بالجمله عقد فضولی را باطل می‌کند بگونه‌ای که قابل لحوق اجازه حتّی از سوی مالک جدید هم نیست ما این را قبول نداریم، و هیچ دلیلی هم بر آن نداریم تا تسلیم شویم.

قوله: و تسمیة:

دفع دخل است: اگر کسی بگوید: ما شنیده‌ایم که گاهی همین فعل منافی را ردّ بیع فضولی می‌نامند در جواب خواهیم گفت: آری ردّ است ولی نسبت به فاعل این فعل که مالک اصلی باشد نه نسبت به مالک جدید.

قوله: نعم لو فرضنا:

مربوط به صورت دوم است که قبلاً شرح کردیم.

قوله: ولذا لو فرضنا:

شاهدی ذکر می‌کنند بر اینکه مجرّد فعل منافی بدون قصد فسخ، مبطل عقد نیست، و آن اینکه، در همین مورد که مالک اصلی مبیع را به خود فضولی یا دیگری فروخته و قصد ردّ بیع اوّل را هم نداشته، اگر فرض کردیم که معامله دوم فاسد و باطل بود و مبیع از مالک اصلی منتقل نشد آیا بیع فضولی به صرف این بیع فاسد، باطل شد و قابل اجازه نیست؟ خیر قابلیت دارد که از سوی مالک اصلی اجازه شود و مؤثر باشد پس مجرّد فعل منافی با عقد فضولی به معنای انشاء فسخ فعلی نسبت به عقد فضولی نیست.

٢- قوله: واما الالتزام:

در بخش دوم قیاسی را که در کلام مستدلّ بود پاسخ می‌دهند: اینکه در باب هبه و بیع خیارى و سایر عقود جایز فقهاء فرموده‌اند: به مجرّد انجام کارى که منافی با صحّت اینها باشد (مثلاً مال موهوب را به دیگری بفروشد، یا مبیع را در زمان خیار به دیگری بفروشد و...) حکم به انفساخ بیع یا هبه می‌شود، برای آن است که: مال موهوب یا مبیع خیارى در مدّت خیار ملک مشتری یا متّهب گردیده و تصرّف واهب یا بايع در آن اگر به معنای فسخ معامله قبلى نباشد، تصرّف در مال غیر و حرام است، برای حمل فعل مسلم بر صحّت می‌گوییم: انا ما قبل از تصرّف معامله فسخ شده و وی در مال خودش تصرّف کرده است.

اما در ما نحن فيه (بیع فضولی) تصرّف مالک و انجام فعل منافی با عقد مزبور، تصرّف در مال خود مالک است زیرا تا وقتی که اجازه نکرد از ملکش خارج نشده، و تصرّف در مال خودش متوقّف بر فسخ بیع فضولی نیست، بدون فسخ هم جایز است، حد اکثر این است که وقتی وی در مال خویش تصرّف ناقل انجام داد محلّ اجازه فوت می‌شود و نمی‌تواند بیع فضولی را امضاء کند.

قوله: و من ذلک:

از تفاوتی که میان عقود جایزه با ما نحن فيه گذاشتیم معلوم می‌شود که قیاس عقد جایز و متزلزل از اصل حدوث (بیع فضولی که تا اجازه نیامده معلق و مراعا است واصل حدوث

آن متزلزل است.) به عقد جایز و متزلزل از حیث بقاء (سایر عقود جایز) قیاس مع الفارق است فرق همان است که در فراز قبلی یعنی و اما الالتزام بیان شد.) آنگاه اصل قیاس صحیح نیست تا چه رسد به اولویت و اینکه ما نحن فیه بطریق اولی فسخ فعلی را قبول کند.

قوله: السابع:

وجه هفتم و آخرین و مهمترین وجه از وجوه قول به بطلان که قدری مرحوم شیخ اعظم را به زحمت انداخته، استناد به اخبار و روایات است، که مستدل یعنی محقق تستری به دو طایفه روایت تمسک کرده:

طایفه اول اخبار مستفیضة (از سه روایت به بالا است) عامّه است که رسول اکرم ﷺ در روایاتی از بیع ما لیس عندک نهی کرده اند و فرموده اند: «لا تبع ما لیس عندک»^۱ و در مسأله اول از مسائل بیع فضولی در رابطه با بیان ادله قول به بطلان بیع فضولی مبسوطاً در رابطه با این روایات بحث شد، و اینک به مقدار لازم نکاتی را بیان می کنیم: نهی مذکور در این اخبار (لا تبع) نهی مولوی تعبّدی نیست زیرا قطعاً بیع یعنی انشاء تملیک و تملک و ایجاب و قبول بر زبان جاری کردن حرام نیست و در مال کسی تصرّفی نشده بلکه موجب و قابل در زبان خود تصرّف کرده اند. پس نهی ارشادی است یعنی ارشاد به فساد و بطلان بیع مزبور است یعنی بی جهت به خودت زحمت نده و انشاء بیع نکن که فایده ای ندارد و اثری بر آن مترتب نیست و موجب نقل و انتقال نمی شود.

و منظور از ما لیس عندک، این نیست که: مالی را که در پیش روی تو نیست نباید بفروشی بلکه منظور اینست: بر مالی که در اختیار تو نیست و تو بر آن سلطنت نداری و قدرت بر تسلیم آن به مشتری نداری، نفروش حال مالک باشی و قدرت بر تسلیم نداشته باشی مثل عبد آبق، دابّه شارد، متاع گمشده و... یا مالی که متعلق حق مرتهن و غارم و... می باشد، و یا در سایه اینکه مالک نیستی قدرت بر تسلیم نداشته باشی که فضولی از این قبیل است. پس حدیث نبوی ﷺ یا مخصوص ما نحن فیه است و یا به عمومش اینجا را

نیز شامل است. و کیفیت استدلال به اخبار مزبور به قرار ذیل است:

در این روایات دو احتمال وجود دارد:

۱- یا دلالت می‌کنند بر اینکه بیع فضولی مطلقاً فاسد و باطل است چه نسبت به مالک اصلی و چه نسبت به بایع فضولی، و برای هیچکدام واقع نمی‌شود. طبق این احتمال روایات نبوی صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ یکی از ادله بطلان مطلق بیع فضولی می‌باشند، کما اینکه در مسأله اول از مسائل بیع فضولی طرفداران بطلان بیع فضولی بدان استناد کردند، آن‌گاه به عمومشان ما نحن فيه را نیز (مَنْ باع شیئاً ثم ملکه فجازه) شامل می‌شوند و بر بطلان بیع مزبور دلالت می‌کنند.

۲- و یا دلالت می‌کنند بر اینکه بیع فضولی نسبت به شخص مخاطب (یعنی بایع فضولی) فاسد است چون مستقیماً به او خطاب کرده و می‌فرماید: لَا تَبِعْ، و برای وی واقع نمی‌شود (با قطع نظر از اینکه برای مالک اصلی قابل وقوع هست یا نه) و ما سابقاً همین احتمال را از این اخبار استفاده کردیم، طبق این احتمال اخبار مستقیماً بر بطلان بیع فضولی نسبت به بایع فضولی دلالت دارند، و قیدی هم در آنها نیست یعنی از این حیث اطلاق دارند که: چه بعداً فضولی مالک بشود و چه مالک نشود، و بلکه عمده نظر به فرض مالک شدن است، زیرا اگر بعداً مالک نشود پر واضح است که بیع برای او واقع نمی‌شود و نیازی به گفتن ندارد، آری فرض تملک بعدی قابل ذکر است که کسی خیال می‌کند پس از تملک، بیع مزبور صحیح می‌شود، ولی اطلاق روایت می‌گوید: ولو مالک هم بشود صحیح نیست، باز مالک هم که شد لا فرق که بیع قبلی را امضاء بکند یا رد کند در هر حال باطل است. پس از اخبار عامه به دو بیان بطلان بیع فضولی مورد بحث مستفاد است.

طایفه دوم: اخبار خاصه: از اخبار خاصه که هر کدام مخصوص مورد خاصی است، پنج روایت را ذکر می‌کنند، و البته روایات بیش از اینها است:

روایت اول: روایت یحیی بن حجاج است (که تا شخص او روات حدیث امامی عدل می‌باشد و روایت از حیث سند تا یحیی مصحح و تصحیح شده است، اما راویان که قبل از او و رابط میان او و امام عَلَيْهِ السَّلَام بوده‌اند صحت آنها برای ما مسلم نشده... در این رابطه

حاشیه سید^۱ دیده شود.) راوی می‌گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی مرا واسطه در خریدن چیزی می‌کند و به من می‌گوید: این پارچه یا این مرکب را از صاحبش برای من خریداری کن و آن را به من بفروش فلان مبلغ سود می‌پردازم، این چه حکمی دارد؟ امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد، اول برو و از صاحبش آن مرکب یا پارچه را خریداری کن و پیش از آنکه با صاحبش استیجاب کنی (یعنی تو از او طلب بiec کنی و بگوئی یعنی و او بگوید: بعثک) یا از او خریداری کنی (یعنی ایجاب و قبول باشد که تو بگوئی اشتريت بكذا او بگوید: بعث یا بالعکس، اولی استیجاب بود و این ایجاب و قبول است) حق نداری با این مردی که تو را واسطه کرده مواجهه کنی یعنی پیشاپیش ایجاب و قبول و انشاء عقد کنی و هنوز مالک نشده‌ای، بفروشی.^۲

کیفیت استدلال: این حدیث صریحاً از مواجهه بiec و انشاء عقد قبل از خریدن و مالک شدن نهی کرده و واضح است که نهی مزبور مولوی نیست بلکه ارشادی است یعنی این ایجاب و قبول باطل است و تأثیری ندارد و مطلوب مستدل همین است.

روایت دوم: خالد بن حجاج می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی نزد من می‌آید و می‌گوید: این پارچه را خریداری کن و چنین و چنان به تو سود می‌دهم، این چه حکمی دارد؟ امام علیه السلام فرمود: آیا پس از اینکه از صاحبش خریدی باز هم آن مرد آزاد و مختار است و اگر خواست از تو می‌گیرد و اگر نخواست نمی‌گیرد؟ (یعنی آیا پیشاپیش الزام و التزامی صورت گرفته و ایجاب و قبولی انجام داده‌اید؟ یا صرف گفتگو بوده؟ عرض کردم: آری او مختار است. فرمودند: اشکالی ندارد. مفهوم کلام امام علیه السلام این است که: اگر پیش از خریدن و مالک شدن معامله کرده و مال مردم را به آن مرد فروخته‌ای اشکال دارد. و مطلوب مستدل هم همین است. سپس امام علیه السلام فرموده: انما يحلل الكلام ويحرم الكلام، یعنی منحصرأ کلام است که محلل است و منحصرأ کلام است که محرم است.^۳ در این جمله احتمالاتی بود که در باب معاطات ذکر شد، و فعلاً بنابر یکی از سه احتمال مذکور در اینجا به این جمله استناد می‌کنیم:

۱. حاشیه السید علی مکاسب، ص ۱۶۵.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۸ حدیث ۱۳.

۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۶ حدیث ۴.

١- منظور از کلام در هر دو مورد کلام واحد یعنی عقد و ایجاب و قبول باشد و هر دو هم نسبت به ما قبل خریدن و مالک شدن باشد، منتهی چگونه است که کلام واحد نسبت به زمان واحد هم مُحَلَّل است و هم مُحَرَّم؟ به این صورت که عدم همین کلام یعنی عدم عقد قبل از خریدن مُحَلَّل است و وجود آن مُحَرَّم و موجب حرمت است. پس اگر قبل از شراء عقدی بخواند موجب حلیت تصرف نیست.

٢- منظور از کلام در هر دو یک کلام (عقد) است ولی نسبت به دو زمان یعنی منحصرأ کلام مُحَلَّل است اگر پس از خریدن و مالک شدن باشد و کلام مُحَرَّم است اگر پیش از خریدن و مالک شدن باشد.

٣- منظور از هر کدام کلامی باشد غیر از دیگری یعنی منظور از کلامی که مُحَلَّل است عبارتست از مذاکره در باب قیمت و تراضی طرفین بر آن که اینها پیش از عقد ایرادی ندارد. و منظور از کلام مُحَرَّم عبارتست از عقد و ایجاب و قبول که قبل از خریدن و مالک شدن اگر بفروشد این فروش موجب حلیت تصرف نمی شود.

و طبق هر سه احتمال دلیل آن است که قبل از مالک شدن اگر بفروشد بیع باطل است. پس مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَه... بیعش باطل است.

روایت سوّم: صحیحهُ محمد بن مسلم: از امام علیه السلام پرسیدم: مردی نزد مرد دیگری رفته و از او خواسته تا متاعی را برایش خریداری کند و به او قول داده که امید است من آن متاع را به معامله نقد یا نسیه از تو خریداری کنیم، آن مرد رفت و برای خاطر شخص آن متاع را اتباع کرد، این چه حکمی دارد؟

امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد، و در مقام تعلیل به صورت حصر فرمود: منحصرأ آن مرد از این شخص متاع را می خرد پس از اینکه این شخص از صاحبش خریده و مالک شده.^۱

مفهوم حصر کلام امام علیه السلام این است که: اگر قبل از خریدن و مالک شدن، از او خریداری کند محلّ اشکال است.

روایت چهارم: صحیحهُ منصور بن حازم از امام صادق علیه السلام که چون مثل صحیحهُ

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۷ حدیث ۸.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۶ حدیث ۶.

قبلی است و طرز استدلال هر دو به مفهوم حصر است نیازی به اعاده نیست.

روایت پنجم: صحیحہ معاویہ بن عمار: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی نزد من می آید و از من می خواهد که مقداری ابریشم به او بفروشم، و فعلاً نزد من ابریشمی وجود ندارد، با یکدیگر درباره سود و مدت، مقاوله و قولنامه گفتگو می کنیم و هنگامی که بر امری اجتماع و اتفاق پیدا کردیم، من می روم و مقداری ابریشم خریداری می کنم سپس آن شخص را دعوت می کنم که بیاید و آنها را ببرد این چه حکمی دارد؟ امام فرمود: بگو بدانم آیا چنین است که اگر آن شخص مبیع بهتر و محبوبتری پیدا کند قدرت و اختیار دارد که آن را خریداری کند و تو را به حال خودت واگذارد و از تو خریداری نکند؟ یا تو اگر مشتری بهتری پیدا کردی آیا مختاری که این ابریشم ها را به اولی فروخته و به دومی بفروشی؟ (یعنی پیشاپیش ایجاب و قبولی انجام نداده و یکدیگر را ملزم نکرده اید؟) عرض کردم: آری هر کدام مختاریم، فرمود: پس اشکالی ندارد،^۱ مفهوم کلام علیه السلام این است که: اگر جلوتر الزام و التزامی صورت گرفته و معامله ای انجام دادید اشکال دارد.

مضافاً به روایات مذکور، روایات دیگری نیز داریم که همین مضامین را دلالت دارند.^۲

قوله: ولا یخفی:

مستدل می گوید: این روایات برخی از حیث مورد (مثل روایات یحیی بن حجاج و صحیحہ معاویہ بن عمار که موردش معامله مالی است که هنوز مالک نشده) و برخی از حیث تعلیل (مثل روایت خالد بن حجاج و صحیحہ محمد بن مسلم و منصور بن حازم که کلمه ائما داشت که در مقام تعلیل بود) دلالت دارند بر اینکه: فروختن مال مردم پیش از خریدن آن از صاحبش صحیح نیست و باید بگونه ای باشد که شخصی که رفته از صاحبش متاع یا پارچه یا مرکبی را خریده و مالک شده آزاد و مختار و مستقل باشد و اگر خواست بفروشد و اگر نخواست بفروشد و بگونه ای نباشد که پیشاپیش الزام و التزامی صورت گرفته و هنوز مالک نشده مال مردم را فروخته باشد، وگرنه معامله اشکال

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۷۷، باب هشتم حدیث هفتم.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، باب هشتم روایات دیگری که مرحوم محدث عاملی ذکر کرده اند.

خواهد داشت. پس مَنْ باع شيئاً ثم ملكه... باطل است چون پیشاپیش بیع محقق شده است.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ از هر دو طایفه روایات پاسخ می دهند:

اما از طایفهٔ اوّل یا عمومات: همانگونه که در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی در جواب از اخبار عامّه گفتیم، در اینجا نیز می گوئیم: قبول داریم که بیع مالیس عندک شرعاً متعلّق نهی واقع شده و لاّ تبع صریح در نهی است، و نیز قبول داریم که نهی مزبور مولوی تکلیفی نیست بلکه ارشادی وضعی است و دالّ بر فساد است و بیع مالیس عنده فاسد است ولی معنای فساد بیع مزبور آن است که: اثر مقصود بر آن بار نمی شود.

سؤال: اثر مقصود کدام است؟ جواب: اثر مقصود یعنی اثری که متعاملان از معامله و بیع قصد دارند و عرفاً آن را اثر بیع می دانند.

سؤال: عرف و متعاقدين چه چیز را قصد دارند؟

جواب: این را که برخورد این معامله اثر بار شود و نفس بعث و قبلت موجب نقل و انتقال باشد و به صورت منجز و حتمی ملکیت بر آن مترتب شود و حالت منتظره نداشته باشد بگونه ای که: بایع فضولی بتواند بلافاصله پس از بیع در ثمن تصرف کند و آن را از مشتری مطالبه کند، و متقابلاً مشتری هم حق داشته باشد از بایع فضولی ثمن را مطالبه کند و بخواهد که بایع مبیع را به وی تحویل دهد و خلاصه اینکه تمام آثار ملک از اوّل مترتب شود. و بالجمله: بیع سبب تامّ و علّت مستقلّ برای نقل و انتقال باشد، حال معنای فساد بیع آن است که اثر مزبور بر آن مترتب نشود.

[سؤال: به چه دلیل معنای فساد این است؟]

جواب: به قرینهٔ مقابله، فساد در مقابل صحت است و صحت بیع به معنای ترتّب اثر مقصود است چنانکه بعداً در والحاصل با مثال توضیح خواهند داد، و فساد هم به معنای عدم ترتّب اثر مقصود است. [و این معنا از فساد منافاتی ندارد با اینکه اثر غیر مقصود بر بیع فضولی مورد نظر مترتب شود و بیع مزبور جزء سبب از برای نقل و انتقال باشد و قابلیت داشته باشد که با لحوق اجازه صحیح و تامّ گردد. و عمومات ناهیه این فرض را شامل نیست، در نتیجه عمومات صحت بیع فضولی و نیز روایات خاصّه دالّ بر

صحّت، این را شامل می‌شود و وجهی برای بطلان آن نیست، و ما نیز همصدا با شما می‌گوییم: بیع فضولی بدون اجازه و به عنوان سبب تأمّ و منجّز، مؤثّر نیست ولی سخن در تأثیر آن در فرض لحوق اجازه است و دلیل شما این فرض را شامل نشد.

قوله: و منه يظهر:

و اما جواب از طایفه دوم یا خصوصات: این اخبار نیز دلالت دارند بر اینکه: پیش از تملّک و مالک شدنِ بایع نسبت به مبیع، الزام و التزام طرفین ممنوع است و بایع حق ندارد مشتری را به پرداخت ثمن ملزم سازد و مشتری هم حق ندارد بایع را به اشتراء مبیع از مالک اصلی و سپس تسلیم آن به مشتری ملزم بسازد، و در مورد همه روایات خاصه سخن از این بود که اگر طرفین بعد از ابتیاع بایع فضولی، مختار و مخیرند اشکالی نیست ولی اگر ملزم و مجبورند محلّ اشکال است و مفهوم روایات این را ردّ می‌کرد، مخصوصاً اینکه در بعضی روایات سخن از مواجهه بیع قبل از استیجاب بود و امام (علیه السلام) می‌فرمود: «لا تواجه البیع قبل ان تستوجبها» که مواجهه یعنی ایجاب و الزام طرفین و انجام بیع به طور منجّز و حتمی و قاطع، قبل از خریدن و مالک شدن آن هم بگونه‌ای که پس از ابتیاع نیازی به اجازه مالک نباشد اشکال دارد. و منافاتی ندارد با اینکه معامله مزبور با لحوق اجازه مالک صحیح باشد. و ما در معامله فضولی در فرض اجازه مالک حکم به صحت می‌نمائیم نه مطلقاً. پس این اخبار هم به ضرر ما نیست و فرض صحّت بیع فضولی بالحقوق اجازه را شامل نیست و منع نمی‌کند.

قوله: و ما قيل:

مستشکل می‌گوید: این روایات مطلقاً دلالت دارند که بیع مالیس عندک باطل است و چیزی را که هنوز مالک نشده بفروشی فاسد است حتّی اگر اجازه مالک بدان لاحق شود، بیان ذلک: مورد روایات آنجائی است که بایع پس از اشتراء مبیع از مالک اصلی، آن را به مشتری تسلیم می‌کند و اصلاً به نیّت او و برای او خریده است، و تسلیم مزبور یک نوع اجازه فعلی نسبت به بیع فضولی سابق است و معذلک روایات خاصه می‌فرمود: قبل از مالک شدن، حقّ نداری معامله کنی پس اجازه هم مؤثّر نیست.

قوله: مدفوع:

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: هر تسلیمی که اجازه نیست، بلکه تسلیم دو نوع است:

١- تسلیمی که از طیب نفس و رضایت خاطر و اختیار و استقلال سر چشمه می‌گیرد و مالک اصلی با اینکه می‌توانست تسلیم نکند ولی این کار را می‌کند، بدون آنکه کسی او را مجبور سازد.

٢- تسلیمی که از اعتقاد به لزوم بیع سر چشمه می‌گیرد، یعنی اگر بایع مبیع را به مشتری می‌دهد به گمان اینکه معامله صحیح و لازم است و از لوازم و آثار آن تسلیم مبیع است و خیال می‌کند که باید تسلیم کند و اگر نکند جبراً از او اخذ می‌شود.

حال تسلیم از نوع اوّل اجازه فعلی است ولی در ما نحن فیه تسلیم از نوع دوّم مطرح است و بایع فضولی به گمان اینکه معامله اش صحیح است و باید مبیع را به مشتری تحویل دهد، تسلیم می‌کند و چنین تسلیمی اجازه فعلی نیست تا بگوئید: اخبار خاصّه فرقی میان صورت اجازه و عدم اجازه نمی‌گذارد و از اصل و اساس حکم به بطلان می‌کند.

قوله: نعم:

مستشکل می‌گوید: در بعضی روایات امام علیه السلام فرمود: لا بأس، یعنی اشکالی نیست و آن را معلّل کرد به اینکه: الیس ان شاء اخذ و ان شاء ترک؟ یعنی علّت عدم بأس این است که مشتری اصیل مختار است و ملزم نیست، مفهومش آن است که اگر الزامی بود معامله اشکال دارد و فیه بأس از طرفی هم قبلاً گفتیم به حکم عموم «اوفوا» طرف اصیل ملزم است و حق ردّ و فسخ ندارد و باید منتظر بماند تا مالک اصلی اجازه یا فسخ کند، پس در معامله فضولی هم الزام هست و مشمول مفهوم حدیث مزبور است و باید گفت: فیه بأس یعنی از ریشه باطل است و اجازه بعدی هم کاری از پیش نمی‌برد.

قوله: لكن الظاهر:

مرحوم شیخ می‌فرماید: الزام فی الجملة که در بیع فضولی وجود دارد ملاک نیست بلکه الزام بالجملة و طرفینی ملاک است و مشمول مفهوم حدیث مزبور است، زیرا که روایت یحیی بن حجاج می‌گفت: «لا تواجبه البيع» و مواجهه باب مفاعله است و باب مفاعله بر مشارکت میان دو کس دلالت دارد و باید ایجاب و الزام طرفینی باشد تا قبل از مالک شدن محلّ اشکال باشد ولی در بیع فضولی الزام طرفینی نیست، یکطرف ملزم است که طرف اصیل باشد و طرف دیگر ملزم نیست و مختار است که پس از مالک شدن امضا

بکند یا نه، پس مشمول مفهوم حدیث مزبور نخواهد بود، و مورد اشکال و بأس نیست.
قوله: و الحاصل:

اصل جواب از اخبار عامّه و خاصّه را به بیان کامل تر و با ذکر مثال بیان می کنند: ما نیز قبول داریم که اخبار و روایات عامّه و خاصّه از بیع ما لیس عندک و بیع قبل از تملک منع کرده و چنین نیهی قابل انکار نیست. و نیز ما هم قبول داریم که نیهی مزبور یک نیهی مولوی تکلیفی نیست بلکه ارشادی وضعی است و همه آن را قبول دارند و احدی در آن مناقشه نکرده، منتهی سخن ما این است که: فساد بیع مزبور به این معنی نیست که از ریشه باطل و لغو است و هیچ اثری ندارد، بلکه بدین معنی است که اثر مقصود بر آن مرتّب نمی شود، به قرینه مقابل که معنای صحّت بیع عبارت است از ترتّب اثر مقصود، و حکم شارع به ترتیب این آثار، پس در مقابل فساد هم باید به معنای عدم ترتّب اثر مقصود باشد.

قوله: مثلاً:

از باب مثال اگر شارع مقدّس می فرمود: بیع قبل از تملک صحیح است و اثر مقصود بر آن مرتّب می شود لازمه اش این بود که آثار زیر مرتّب شود: ۱- نقل و انتقال و حصول ملکیت ۲- بایع حق داشت در ثمن تصرف کند. ۳- مشتری حق داشت از بایع ثمن را مطالبه کند و از او بخواهد که او برود از مالک اصلی خریده و آن را به مشتری تسلیم کند. ۴- پس از تحویل و به دست آوردن مبیع بایع حق نداشت از تسلیم آن به مشتری امتناع ورزد. متفرّع بر این، معنای فساد بیع هم این است که این آثار بر بیع مرتّب نمی شود ولی این منافاتی ندارد بالحق اجازه و قابلیت وی برای اینکه مالک اصلی یا مالک حین الاجازه آن را اجازه کند و صحیح و لازم شود.

قوله: و لا یجب:

چنین نیست که اگر قائل به فساد شدیم و گفتیم نیهی مزبور دالّ بر فساد و بطلان نیهی عنه یعنی بیع قبل از تملک است. لازمه اش این باشد که معامله مزبور مطلقاً لغو و بی اثر باشد، حتی پس از مالک شدن و اجازه کردن هم بی اثر باشد. بلکه لازمه اش این است که بیع مزبور به نحو منجز و بدون انتظار اجازه و لحوق آن باطل است نه با اجازه بعدی، از قضا از دلیل شما هم بیش از این استفاده نمی شود، زیرا دلیل شما می گوید: لا تبع ما لیس

عندک و ارشاد به این است که: این بیع شما واقع نمی شود و آن مقصود شما که نقل و انتقال منجر است مترتب نمی شود ولی دلالت ندارد که معامله مزبور من جمیع الجهات لغو باشد و حتّی با اجازه بعدی هم قابل تصحیح نباشد.

قوله: فافهم:

شاید امر به دقّت باشد و شاید امر به مطلبی باشد که ذیلاً در اللهم الاّ يقال بیان شده و مرحوم سیّد در حاشیه همین را ذکر کرده و فرموده: نهی لا تبع ما لیس عندک مانند نهی از بیع غرری و ربوی و مانند آن است و چنان که نهی در آنها بر فساد و بطلان بیع از ریشه دلالت دارد و به هیچ وجه قابل تصحیح نیست، نهی در ما نحن فیه نیز دلالت دارد بر اینکه: بیع ما لیس عندک از ریشه فاسد و باطل است و چنین نیست که با اجازه لا حق قابل تصحیح باشد. اگر فافهم اشاره به این مطلب باشد باید گفت: جوابهائی که تا به حال مرحوم شیخ از اخبار و روایات دادند دردی را دوا نمی کند.

قوله: اللهم الاّ ان يقال:

این فراز استدراک از والحاصل و یا از مطلبی است که در فراز قبلی تحت عنوان: لا یجب... بیان کردند، بیان مطلب: ابتدا کبرای کلّی و سپس صغرای آن را که مسأله ما باشد بیان می کنند، امّا کبرای کلّی: اگر در نظر شارع معامله ای به طور مطلق و بی قید و شرط صحیح یا فاسد باشد، قاعدتاً باید در مقام بیان و در ظاهر خطاب به نحو مطلق به صحت یا فساد آن حکم کند، ولی اگر عملی مقید و مشروط بود و با قید و شرطی صحیح یا فاسد بود، در اینجا نباید خطاب را مطلق بیاورد و به طور کلّی حکم به صحت یا فساد نماید، بلکه بایستی خطاب را مقید کند، خواه مقید به امر متقدّم باشد یا به امر مقارن و یا به امر متأخر که مورد بحث ما است، فی المثل رهن به نحو مطلق نه صحیح است و نه باطل، بلکه اگر به دنبال صیغه رهن قبض و اقباض محقّق شود (فرهاً مقبوضه^۱) چنین رهنی محکوم به صحّت است و الاّ فلا پس حکیمانه نیست و بجا نمی باشد اگر به طور مطلق بگوید: لا رهنّ یعنی رهن در اسلام باطل و نامشروع است بلکه باید بگوید: لا رهن بدون القبض یا لا رهن الاّ مع القبض و...

یا مثلاً در باب هبه از نظر شارع قبض مال موهوب شرط صحّت هبه و اگر باشد هبه صحیح است و آلا فلا، باز نمی تواند به طور مطلق بگوید: لَا هِبَةَ یعنی هبه در اسلام تشریع نشده بلکه باید بگوید: لَا هِبَةَ إِلَّا مَعَ الْقَبْضِ، و هكذا در بیع صرف و سلم و... و ضمناً کاری نداریم که عرف و عقلاء قبض مزبور را شرط می دانند یا نمی دانند، شرعاً معتبر است و باید در خطاب ذکر شود و نبایستی به طور مطلق از هبه و رهن و... نهی کند.

و اما تطبیق کبرای مزبور بر ما نحن فیه: از دیدگاه عرف، طرفین می توانند مالی را قبل از تملکِ بایع مورد معامله قرار دهند و به صورت منجز و بدون انتظار اجازه لاحق بر آن اصرار کنند، و عرفاً اجازه لاحق معتبر نیست. ولی شرعاً اگر معتبر باشد حتماً باید شارع مقدس خطابش را به آن مقید کند و بفرماید: اگر اجازه آمد صحیح است و اگر اجازه نیامد فاسد است و نمی تواند خطاب را مطلق بیاورید، در حالی که اخبار مذکور در وجه هفتم که از بیع قبل از تملک نهی می کرد، مطلق بود یعنی می فرمود: «لا تبع ما لیس عندک» و مقید نبود به اینکه: لا تبع بدون اجازه، یا لا تبع الّا مع اجازه و... از این نهی به طور مطلق استفاده می کنیم که بیع ما لیس عنده یا بیع قبل از تملک مطلقاً فاسد است خواه بعداً اجازه بکند یا نکند.

قوله: فالأناصاف:

در حقیقت چکیده فراز قبلی یعنی اللهم... است: روایات از بیع قبل از تملک نهی کرده، نهی هم ظهور در حرمت و ضعی یعنی فساد دارد و ارشاد به آن است، و نهی مزبور هم مطلق است و به فرض نبود اجازه مقید نشده پس از ظاهر نواهی مزبور این نتیجه را می گیریم که: بیع قبل از تملک مطلقاً باطل است و برای بایع فضولی واقع نمی شود چه بعداً مالک بشود یا نشود، و بر فرض مالک شدن چه بعداً اجازه بکند یا نه، پس باید به حکم اخبار مزبور بگوییم: «مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَه فَاجَازَهُ» باطل است.

قوله: واما صحته:

حکم به بطلان نسبت به بایع فضولی و مالک جدید بود. و اما نسبت به مالک اصلی [اگر به بایع فضولی تملیک نکند و خودش بخواهد معامله را اجازه کند] حکم این است که: او اگر اجازه کرد معامله محکوم به صحت خواهد بود، زیرا نهی موجود در روایات که لا تبع ما لیس عندک و... بود مستقیماً به بایع فضولی خطاب کرده و او مشمول نهی است و

اما نسبت به مالک اصلی نهیى وارد نشده پس بر مى گردیم به عمومات و اطلاعاتِ صَحّت بیع فضولی و وقوع آن برای مالکِ اصلی با اجازه لاحق.

قوله: نعم:

این فراز استدراک از فراز قبل یعنی اللهم... است یا از فالانصاف که چکیده آن فراز بود: در فراز قبلی تا به حال ثابت شد که بیع قبل از تملک نسبت به بایع فضولی باطل است. ولی در این فراز می خواهیم ثابت کنیم که: از اخبار و روایات، بطلان استفاده نمی شود بلکه حدّا کثر مرجوحیت و کراهت مستفاد است، بیان مطلب: مبیع گاهی کلّی و در ذمه است یعنی فروشنده صد من گندم کلّی را با توصیفی که دافع غرر و جهالت باشد می فروشد در حالی که فعلاً و حالاً یک مثقال گندم ندارد. چنین معامله ای از نظر مذهب امامیه محکوم به صَحّت است و تردیدی در آن نیست. ولی از لحاظ بعضی از عامّه محکوم به بطلان است به استناد اینکه نبی اکرم ﷺ فرمودند: «لا تبع ما لیس عندک...» و گاهی جزئی و عین خارجی است یعنی این پارچه یا آن مرکب و... را می فروشد و می گوید: «بعث هذا الثوب» که با کلمه هذا اشاره به مشار الیه معین و محسوسی می نماید. حال اخبار و روایاتی که در وجه هفتم قبلاً مطرح شد دو دسته اند:

۱- بیشتر آنها در موردی است که مبیع کلّی باشد، اخبار عامّه یعنی «لا تبع ما لیس عندک» ظاهرش همین است. روایت صحیحهُ منصور بن حازم، معاویه بن عمار، محمد بن مسلم از روایات خاصّه نیز در این مورد است چون سخن از این بود که اُتبع لی متاعاً، اشتَرلی متاعاً، یطلب متی بیع الحریر... و «متاعاً» کلّی است و «الحریر» نیز اسم جنس و کلّی است و قابل صدق بر کثیرین است.

۲- برخی از آن روایات هم در مورد عین خارجی بود، مثل روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجاج که سخن از: اشتَرلی هذا الثوب او هذه الدابة بود و «هذا» اشاره به شیئی معین خارجی است.

حال در مورد طایفه اوّل دو ظهور مطرح است:

۱- نهی در آن روایات ظهور در تحریم وضعی یعنی فساد دارد.

۲- نهی مزبور ظهور در بیان حکم واقعی دارد و ظاهرش این است که در این مقام است. ولی اخذ به این دو ظهور و در نتیجه حکم به بطلان بیع کلّی در ذمه مخالف با

مذهب امامیه است و لذا ناچاریم از اینکه در یکی از دو ظهور تصرّفی انجام دهیم: یا از ظهور نهی در تحریم صرفنظر نموده و آن را بر کراهت حمل کنیم و بگوییم: بیع مزبور مرجوح است نه باطل. و یا از ظهور در بیان حکم واقعی رفع ید کرده و آنها را بر تقیه حمل کنیم، به این دلیل که حکم به بطلان مطابق با فتوای بعضی علماست، و این روایات هم در ظاهر همین را می‌گویند، پس در مقام تقیه صادر شده نه در مقام بیان واقع. پس این روایات به ضرر ما تمام نشد و دلیل بر بطلان بیع کلی قبل از تملک آن نشد.

و در مورد طایفه دوم هم می‌گوییم: به قرینه وحدت سیاق [سیاق و آهنگ اخبار عامه و وارد در مورد مبیع کلی با آهنگ دو خبر وارد در مبیع شخصی یکی است. و در هر دو امام علیه السلام می‌فرماید: ایس ان شاء اخذ و ان شاء ترک و... این‌ها را نیز بر کراهت و مرجوحیت حمل می‌کنیم و می‌گوییم: بیع قبل از تملک کراهت دارد و باطل نیست. در نتیجه مطلبی را که در اللهم الا ان یقال... آوردیم در اینجا تخریب کردیم.

قوله: لكن الاعتماد:

این فراز استدراک از فراز قبلی یعنی نَعَمْ قد یحذش... است و در صدد ترثیم و تثبیت مطلبی است که در اللهم... بیان کردند: می‌فرماید: ما به دو دلیل می‌گوییم: بیع قبل از تملک حرام و باطل است نه اینکه صرفاً مکروه باشد:

۱- ظهور دو روایت خالد و یحیی: این دو روایت در مورد مبیع شخصی بود و ظهور در بطلان بیع عین خارجی قبل از تملک داشت، و اخذ به این ظهور منافاتی با مذهب امامیه ندارد تا نیازمند به توجیه باشیم، تنها قرینه بر تصرّف در ظاهر، قرینه وحدت سیاق بود که آن هم قرینه مهمی نیست و چون دو روایت مزبور استقلال دارند، به ظاهرش که نهی و فساد باشد اخذ می‌شود. [نظیر آیه نفر که در سیاق آیات جهاد وارد شده و قبل و بعد آن همه جا سخن از جهاد فی سبیل الله است^۱، ولی این آیه در وسط بر نفر به سوی تفقه و دین‌شناسی حمل شده است.] و نهی مزبور مطلق هم هست پس دلالت می‌کند بر اینکه: بیع مزبور باطل است ولو بعداً مالک شود و اجازه هم بکند.

۲- عموم مفهوم تعلیل در اخبار طایفه اول: در ذیل روایاتی که موردش مبیع کلی

است این تعلیل آمده: «أما البيع بعد الشراء» یعنی منحصرأً بیع پس از خریدن و مالک شدن است. مفهوم حصر آن است که: پس قبل از تملک بیعی نیست یعنی بیع صحیح نیست و این مفهوم عمومیت دارد و بیع کلی و شخصی هر دو را شامل می شود، منتهی از عموم این تعلیل مورد مبیع کلی خارج شده چون مذهب امامیه بر صحت آن دلالت داشت. و مورد مبیع شخصی باقی می ماند و به حکم عموم تعلیل حکم به فساد و بطلان آن قبل از تملک می شود.

قوله: فتدبر:

اشاره است به اینکه: تعلیل مزبور در مورد مبیع کلی وارد شده و اخراج آن از عموم تعلیل به معنای خروج مورد و تخصیص مورد است که قبیح و مستهجن است، پس نتوان از عموم تعلیل کمک گرفت چون تالی فاسد دارد، ولی همان دلیل اول یعنی دو روایت ما را بس است.

قوله: فالاقوی:

پس از محاسباتی که انجام شد و فراز و نشیبهایی که پشت سر گذاشتیم می گوئیم: اقوی این است که به روایات مزبور [در وجه هفتم] عمل نموده و فتوی به منع و بطلان بیع مذکور [بیع قبل از تملک] بدهیم، و مضافاً به دلیل مزبور از دو مؤید بهره مند هستیم:

- ۱- اجماع منقول که به زودی از علامه در دو کتاب تذکرة و مختلف خواهیم آورد.
- ۲- روایت حسن بن زیاد طائی: این روایت در مورد نکاح عبد است: عبدی بدون اذن مولایش اقدام به ازدواج کرده و پس از مدتی آزاد شده، از امام علیه السلام می پرسد: حال که آزاد شده ام آیا بر همان نکاح سابق و در دوران بردگی باقی بمانم یا باید تجدید نکاح کرده و عقد جدید بخوانم؟ امام علیه السلام پرسیدند: آیا موالی تو فهمیدند که تو ازدواج کرده ای یا نه؟ عرض کرد: آری دانستند و سکوت کردند و چیزی نگفتند. امام علیه السلام فرمود: همین سکوت آنان اقرار است و [آنها رضایت داده و نکاح تو را امضاء کرده اند] و تو بر همان نکاح سابق باقی هستی^۱.

کیفیت استشهاد: اینکه امام علیه السلام استفصال کرد و پرسید که: موالی تو مطلع شدند یا

نه... بهترین دلیل است بر اینکه مناط رضایت و امضای مالک اصلی و مالک در حال عقد است، نه مالک جدید، وگرنه خوب بود بفرمایند: تو الان آزاد شده‌ای و اختیار خودت را پیدا کرده‌ای و به طیب نفس بر نکاح باقی هستی و همین کافی است و نیازی به استفصال از حال مولی نبود، پس از استفصال مزبور مستفاد است که رضایت مالک جدید کافی نیست و باید مالک اصلی راضی باشد. در باب بیع فضولی هم مطلب از این قرار است که اگر مالک اصلی اجازه کرد ارزش دارد، ولی اگر مالک جدید امضاء کند ارزشی ندارد و معامله تصحیح نمی‌شود.

قوله: ثم ان الواجب:

چه قائل شویم که اخبار عامّه و خاصّه [که در وجه هفتم ذکر شد] بر حرمت وضعی و بطلان بیع قبل از تملک دلالت می‌کنند و چه قائل به کراهت و مرجوحیت شویم، در هر حال باید بر مورد روایات اکتفا کنیم و حق نداریم به سایر موارد تعدی کنیم و مورد اخبار مذکور بیع منجز است یعنی قبل از اینکه با بیع فضولی، مالک مبیع شود به طور حتم و جزم و منجزاً مال مردم را بفروشد و مشتری هم به طور تنجیزی آن را خریداری کند و هرگز منتظر و مترقب اجازه مالک اصلی یا مالک جدید [بایع فضولی در فرض خریدن و مالک شدن] نباشد بلکه پیشاپیش مواجبه و الزام و التزام طرفینی صورت پذیرفته و طرفین، معامله را خاتمه یافته تلقی کنند و مشتری خود را ملزم به پرداخت ثمن بدانند و بایع هم خود را ملزم به خریدن مبیع از مالک اصلی و سپس تحویل آن به مشتری بدانند. چنین فرضی مورد اخبار است و اخبار ناهیه از بیع ما لیس عندک ظهور در چنین بیعی دارند.

[دلیل این ظهور از زبان مرحوم شهیدی: لعل نظره فی وجه الظهور الی دعوی تعارف هذا النحو من المعاملة و غلبة هذه الصورة من صور بیع ما لیس عنده بمعنی ان الغالب فی بیع ما لیس عنده بیعه مثل بیع ما عنده فی التنجیز و عدم ترقب شیئی^۱ یعنی منشأ ظهور اخبار ناهیه در بیع منجز آن است که: در خارج و در میان اهل معامله این نوع از بیع مرسوم و متعارف و فرد غالب است و اطلاعات بر فرد متعارف حمل می‌شود و به آن انصراف دارد.]

اتفاقاً از کلام علامه ره در تذکره نیز همین فرض مستفاد است، آنجا که فرموده:
 شرعاً جایز نیست [یعنی باطل است] که بایعی عین خارجی و شخصی ای را که
 ملک دیگری است، پیشاپیش و هنوز مالک نشده، بفروشد و بعد برود و از صاحبش
 خریداری کرده و به مشتری تحویل دهد و عقیده فرقه شافعی و حنبلی از اهل سنت هم
 همین است و بلکه در این مسأله مخالفی از علمای اسلام سراغ نداریم. و دلیل بطلان دو
 امر است:

۱- پیامبر ﷺ از بیع ما لیس عنده نهی کرده و فرموده: «لا تبع ما لیس عندک»، و به
 حکم این نهی، بیع مزبور باطل است.

۲- معامله مزبور غرری است «صغری» و بیع غرری منهی و باطل است «کبری» پس
 معامله مزبور فاسد است. بیان کبری در جای خود مسلم است و رسول اکرم ﷺ از بیع
 غرری نهی فرموده، ولی بیان صغری این است که: بایع از کجا می داند که بعد از بیع
 خواهد رفت و از مالک اصلی خواهد خرید و آن را به مشتری تسلیم خواهد کرد؟ مگر
 وی علم غیب دارد؟ ای چه بسا مالک اصلی به او نفروشد و او مالک نشود و قادر بر
 تسلیم نباشد، و با این احتمال و عدم علم به بیع مالک اصلی، معامله کردن غرری است.
 [محل شاهد در همین جمله است: در چه صورت معامله غرری و مشتمل بر غرر و
 جهالت و فریب است؟ در صورتی که منجزاً بفروشد، اما اگر معلقاً و موقفاً بر تملک
 بعدی و اجازه بعدتر، بفروشد که غرری نیست و نیز در چه صورتی وی قدرت بر تسلیم
 ندارد؟ در فرضی که منجزاً بفروشد قدرت بر تسلیم ندارد، اما اگر بیع را بر تملک و
 اجازه موقوف کند و بگوید: اگر خریدم به شما تحویل دهم که محذوری ندارد، زیرا
 قدرت بر تسلیم بعد از تملک هست و بیش از آن لازم نداریم. پس، از استدلالهای علامه
 به وضوح بلکه به صراحت، فرض بیع منجز مستفاد است.]

سپس علامه فرموده: اگر مشتری مبیع کلی را [صد من گندم] با توصیفی که دافع
 غرر و جهالت باشد بر ذمه بایع فضولی خریداری کند چه به بیع نقدی و چه نسیه ای
 بالاجماع محذوری ندارد و در مختلف نیز ادعای اجماع کرده بر اینکه: بیع ما لیس عنده
 به صورت منجز باطل است

قوله: استدلاله:

این فراز همان قسمت محل شاهد است که در لابه لای نقل کلام علامه آوردیم.

قوله: فحینئذ:

حال که مورد اخبار معلوم شد، ذیلاً اموری را به عنوان فروع مطلب می آوریم: [فرع اول: اگر بایع فضولی پیش از مالک شدن، مبیع شخصی را به صورت منجز بفروشد معامله اش باطل است و حتی با اجازه لاحق هم درست نمی شود، و دلیل بطلان اخبار ناهیه است.] فرع دوم: اما اگر طرفین معامله کنند ولی نه به صورت منجز، بلکه به صورت معلق و مشروط و موقوف بر اجازه و به امید و انتظار این که خود مالک اصلی اجازه کند یا بایع فضولی بعداً مالک شود و اجازه کند معامله کردند، چنین فرضی مشمول اخبار ناهیه و معقد اجماع علامه نیست، و وقتی آن اخبار این فرض را شامل نشد، فرض مزبور مشمول عموماً و اطلاقات صحّت بیع فضولی خواهد بود و باید گفت: با اجازه بعدی مالک اصلی یا مالک جدید، محکوم به صحّت است.

فرع سوم: اگر طرفین لزوم معامله را بر تملک بایع فضولی و انتقال مبیع به وی معلق و موقوف کردند و گفتند یا مقصود باطنی آنها این بود که به مجرد انتقال مبیع به بایع فضولی معامله لازم شود و موقوف به آمدن اجازه بعدی نباشد، چنین فرضی آیا در مورد اخبار ناهیه داخل است یا خیر؟

از کلام شهید در دروس استفاده می شود که: آری این فرض هم مشمول اخبار است، آنجا که فرموده: اگر مال مردم را بفروشد و سپس مالک شود و اجازه کند معامله صحیح است، بعد فرموده: اما اگر مقصود طرفین این باشد که به مجرد انتقال مبیع به بایع فضولی معامله لازم شود، این از مصادیق بیع مالیس عنده است و مشمول نهی نبوی ﷺ است.

ولی مرحوم شیخ می فرماید: انصاف این است که: اخبار مزبور ظهور در صورت اولی دارد، و منظور از صورت اول عبارتست از صورتی که طرفین منجزاً بیع و شراء انجام می دهند و قصدشان این باشد که به نفس این بعث و قبلت و انشاء بیع، نقل و انتقال مترتب شود، بدون اینکه بر هیچ چیزی موقوف باشد [بر اجازه یا انتقال] [و دلیل این ظهور قبلاً از قول مرحوم شهیدی عنوان شد] و در نتیجه روایات فرع سوم را که لزوم بر تملک و انتقال موقوف شده شامل نیست.

قوله: و ما ذكره:

مجدداً تعليل علامه در تذکره و کلام ایشان در مختلف را به عنوان شاهد می آورند، که قبلاً توضیح دادیم و نیازی به اعاده نیست.

فروع چهارم: در سه فرع قبلی با یع فضولی مال مردم را برای خودش می فروخت، یا به صورت منجز و یا موقوف بر اجازه و یا معلق بر تملک، ولی فرع چهارم این است که: با یع فضولی متاع دیگری را از جانب صاحبش و به نیت مالک اصلی می فروشد، بعداً به طور اتفاقی و تصادفی در اثر یاهبه کردن مالک اصلی و یا در سایه ارث بردن آن را مالک می شود، و بیع فضولی خویش را اجازه می کند، آیا اخبار ناهیه این فرض را شامل است؟ می فرماید: به نظر ما این فرض نیز از مورد اخبار مذکور، خارج است [زیرا مورد اخبار آنجائی است که با یع فضولی برای خودش بفروشد، و فرض مزبور مال جائی است که برای مالک اصلی بفروشد]. و عموماً صحیح بیع فضولی این فرض را شامل است. و از جهت عدم شمول اخبار ناهیه مشکلی ندارد.

آری اشکال دیگری متوجه فرض چهارم است و آن اینکه: انشاء بیع از اول به نیت مالک اصلی و از ناحیه او بوده ولی اجازه بیع از حالا به نیت مالک جدید و برای او است، آنگاه آنکه انشاء شده بود اجازه نشده و اینکه اجازه شده انشاء نشده بود پس در حقیقت میان اجازه و عقد مجاز تطابق و هماهنگی نیست و از این حیث اشکال دارد، ما آنشألم یَجْزُ، و ما أُجِيزَ لم یُنْشَأْ، ما قُصِدَ لم یَقَعْ و ما وَقَعَ لم یَقْصَدْ، [این همان اشکال چهارم از اشکالهای مسأله سوم از مسائل اصلی بیع فضولی است که در جای خود قبلاً ذکر شد.] ولی این اشکال هم قابل دفع است و دفع آن به مانند دفع اشکال عکس مسأله ما است، بیان مطلب: مسأله ما این است که: از ناحیه مالک اصلی و برای او فروخته سپس خود مالک شده و برای خویش اجازه کرده: باعٌ لغيره ثم ملكه و اجازه لنفسه. عکس مسأله این است که: مال مردم را از جانب خود و برای خودش فروخته ولی مالک اصلی آن را برای خودش اجازه کرده، (باعٌ لنفسه و اجازه المالك لنفسه)، که همان مسأله سوم از مسائل فضولی است، و در آنجا هم همین اشکال بود که بیع برای فضولی انشاء شده ولی اجازه برای مالک اصلی واقع می شود و این دو تطابق ندارند... در آنجا در جواب اشکال چنین گفتیم: قصد نفس یا قصد غیر داشتن موضوعیتی ندارد و لغو است زیرا گرچه با یع

فضولی و قوع بیع را برای خودش قصد کرده ولی به عنوان این که خود را مالک فرض کرده چنین معامله‌ای کرده، پس در حقیقت باع للمالک، و مالک اصلی هم گرچه اجازه را برای خود داده و قصد نفس کرده ولی باز قصد نفس موضوعیتی ندارد، بلکه به عنوان اینکه خود را مالک می‌داند قصد نفس کرده، پس در حقیقت او نیز آجاز للمالک، پس بیع و اجازه تطابق دارند.

نظیر همین جواب در ما نحن فیه هم می‌آید که: گرچه اول برای مالک اصلی انشاء بیع کرده ولی نه برای شخص او بلکه برای عنوان مالکیت او که حیث تقییدی است. و الان هم که مالک شده و برای خودش اجازه می‌کند باز نه برای شخص خودش بلکه به عنوان اینکه مالک است و برای مالک اجازه می‌کند، پس انشاء بیع برای مالک بوده، اجازه هم برای مالک است و تطابق دارند، پس محذوری نیست.

قوله: فتأمل:

اشاره به این است که: مقایسه ما نحن فیه به عکس آن مع الفارق است زیرا در عکس مسأله فرض بر این است که: فضولی که مال مردم را برای خود می‌فروشد یا از روی جهل مرکب و به اشتباه معتقد است که مال خود او است و لذا جداً انشاء بیع می‌کند، و یا غاصب و سارق است و عدواناً بنا را بر مالکیت خود گذاشته و انشاء بیع می‌کند، و در هر حال یک انشاء جدی و واقعی در میان است و قابلیت لحوق اجازه را دارد، ولی در مسأله ما که مال مردم را برای مالکش می‌فروشد، نسبت به خودش نه اعتقاد به مالکیت دارد و نه ادعای مالکیت و لذا نسبت به او معامله مزبور صوری و ظاهری است و قابل لحوق اجازه نیست. و ممکن است به بیان مرحوم شهیدی امر به دقت باشد.^۱

فرع پنجم: اگر بایع فضولی [مثلاً زید] مال دیگری را [مثلاً خالد] برای شخص ثالث و به نیت او [مثلاً کریم] به یک خریداری (مثلاً حسن) بفروشد، یا از باب اینکه واقعاً خیال می‌کرد این مال، مال شخص ثالث است لذا به نیت او فروخت و بعداً کشف خلاف شد، و یا می‌دانست که مال کریم نیست ولی عدواناً و ظلماً بر مالک اصلی، بنا را بر مالکیت فرد ثالث گذاشته و به نیت او فروخت، این فرع سه شق دارد:

الف: بعد از معامله مزبور خود مالک اصلی یعنی خالد مطلع شد و معامله مزبور را امضاء کرد، از نظر مشهور چنین معامله‌ای محکوم به صحت است، زیرا چنانچه در فرع چهارم و عکس مسأله بیان شد، لازم نیست از اول به قصد مالک اصلی فروخته شود تا او بتواند اجازه کند، بلکه به نیت دیگری هم فروخته شود او می‌تواند اجازه کند و قصد الغیر لغو است.

ب: پس از بیع مزبور تصادفاً خود فرد ثالث، مبیع مذکور را مالک شد (به ارث یا شراء و...) و بعد هم اجازه کرد.

ج: یا اتفاقاً خود بایع فضولی خرید و مالک شد و بیع فضولی خود را اجازه کرد. حکم این دو شق آن است که: این فرع هم مثل قبلی یعنی فرع چهارم است و از اخبار ناهیه خارج است و در نتیجه مشمول عمومات صحت می‌شود.

مسأله دوم قوله: ثم انه:

مسأله اول از دو مسأله مورد بحث این بود که: مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَه فَاجَازَهُ، و تا به حال مبسوطاً حکم این مسأله روشن شد، و اینک مسأله دوم این است که: مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَه و لم يُجِزْهُ یعنی مال مردم را بفروشد سپس خودش مالک آن مال گردد و بیع فضولی خود را اجازه نکند، آیا چنین بیعی به مجرد تملک بعدی صحیح است و لو اجازه نکند؟ یا باطل است مگر اجازه بکند؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالبی که در مسأله اول ذکر شد و به حکم اخبار، حکم به بطلان بیع منجز کردیم، به طریق اولی حکم مسأله دوم هم روشن می‌شود که چنین بیعی باطل است، و دلیل بطلان دو امر است:

۱- اخبار ناهیه که در وجه هفتم از وجوه بطلان در مسأله قبلی ذکر شد، یقیناً مسأله دوم را شامل است و مصداق اکمل بیع مالیس عنده همین بیع است و به حکم آن اخبار، محکوم به بطلان است.

۲- دو قاعده داریم که یکی می‌گوید: مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند و صاحب اختیار اموال خویش هستند، و دیگری می‌گوید: بدون طیب نفس و رضایت خاطر صاحبان اموال، تصرف در آنها جایز نیست و آن اموال بر کسی حلال نمی‌شوند و ما نحن فيه صغرای این کبرای کلی است، زیرا فضولی فعلاً مالک شده و اختیار مال در

دست او است و فرض این است که او این بیع را اجازه نکرده و نسبت به آن طیب نفس ندارد، پس دلیلی بر صحت آن و جواز تصرف مشتری در آن، وجود ندارد.

قوله: والتزامه:

اگر کسی اشکال کرده و بگوید: خود بایع فضولی پیشاپیش ملتزم شده به اینکه فلان مال معین، مال مشتری باشد پس بعد از مالک شدن هم باید پای تعهد و التزام خویش بایستد چه راضی باشد یا نه، مجبور است مبیع را به مشتری تحویل دهد.

قوله: لیس:

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: التزام پیشین ارزشی ندارد و وجودش کالعدم است زیرا آن التزام نسبت به مال مردم است، آری اگر نسبت به مال خود ملتزم شد ارزشمند است ولی اینکه حاصل نشده، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.

قوله: اللهم:

مگر کسی بگوید: ما دو دسته عموماً داریم و به حکم آن دو دسته می‌گوییم: معامله مذکور صحیح و لازم است، یکی عموم «اوفوا بالعقود»^۱ که بایع فضولی را پس از مالک شدن شامل است و او نیز مالک عاقد یا عاقد مالک است و باید به عقدش وفا کند و در این جهت مجبور است نه مختار، و یکی عموم «المؤمنون عند شروطهم»^۲ که بایع فضولی پیشاپیش ملتزم و متعهد شده و گرچه قبل از تملک التزامش ارزشی نداشت ولی پس از انتقال به او و مالک شدنش التزامش ارزش دارد و به حکم این عموماً معامله صحیح است شاید نظر فخر الدین در ایضاح و شهید ثانی در مسالک به همین امر باشد که به حکم عموماً فرموده‌اند: به مجرد انتقال مبیع به بایع فضولی، معامله لازم می‌شود و موقوف به اجازه نیست و از کلام شیخ طوسی هم که در اول مسأله اول از معتبر محقق نقل شد همین مطلب مستفاد است که حتی اجازه هم لازم نیست.

قوله: لکن:

استدراک از اللهم... است و آن اینکه: به سه بیان اینجا جای تمسک به عموماً مذکور

۱. سورة مائده / ۱.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ششم از ابواب الخیار.

نیست بیان اوّل زیرا قبل از مالک شدن وجوب وفائی نبود، حال پس از تملّک شک می‌کنیم که وجوب وفا آمد یا نه؟ از استصحاب عدم وجوب وفا استفاده می‌کنیم و می‌گوییم: باز هم واجب نیست و بایع فضولی یا مالک جدید مختار است که اجازه بکند یا نه.

قوله: و المقام:

اگر کسی بگوید: با وجود اصالة العموم که یک دلیل لفظی است نوبت به استصحاب نمی‌رسد و جای استصحاب نیست، در جواب می‌گوییم: مقام (ما نحن فیه) مقام استصحاب حکم خاصّ است (استصحاب عدم وجوب وفا در خصوص بیع فضولی مزبور که: باغ شیئاً ثم ملکه و لم یجزه) نه مقام رجوع به حکم عام (اوفوا بالعقود) (البته مرحوم شیخ توضیحی نمی‌دهند ولی منظور این است که: از اوفوا بالعقود دو سنخ عموم مستفاد است:

۱- عموم افرادی: یعنی هر عقدی از عقود از بیع و اجازه و نکاح و... و نیز این بیع و آن بیع و... جداگانه واجب الوفاء است و به این اعتبار وجوب وفا به وجوب‌های متعدّدی منحلّ می‌شود.

۲- عموم ازمانی: یعنی هر عقدی هم از لحاظ زمانی برای همیشه وجوب وفا دارد و مکلف باید امروز به عقدش وفا کند و... و حق ندارد مثلاً ده روز دیگر آن را فسخ کند بلکه در گستره زمان باید پای عقدش بایستد. حال آیا عموم اوفوا به لحاظ ازمنه یک عموم استمراری است یعنی یک حکم است که در بستر زمان استمرار و بقاء دارد و ازمنه، ظرف ثبوت آن حکم هستند؟ یا عموم افرادی است یعنی هر زمانی جداگانه وجوب وفائی دارد و زمان‌ها قیدیّت دارند؟ علی التحقیق عموم مزبور استمراری است و علی الفرض در ما نحن فیه این استمرار از اوّل نیست و به قبل از تملّک تخصیص خورده است و پس از مالک شدن هم همان حکم خاصّ را استصحاب می‌کنیم. پس اینجا جای عموم عام نیست چون قیچی شده و استمرارش از بین رفته و جای استصحاب است.)

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه قبل از تملّک تخصّصاً از عموم عام خارج است نه تخصیصاً تا جای استصحاب حکم خاص باشد به اینکه: ما نحن فیه از قبیل شک در مقتضی است

یعنی اصل شمول عام مشکوک است، نه شک در رافع، و بر مسلک شیخ در شک در مقتضی استصحاب جاری نمی‌شود، و شاید اشاره باشد به اینکه: در استصحاب باید قضیه متیقنه و مشکوک و وحدت داشته باشند و در ما نحن فیه چنین نیست، زیرا در قضیه متیقنه موضوع ما عاقد غیر مالک بود که مأمور به وجوب وفا نبود ولی در قضیه مشکوک موضوع عاقدی است که مالک شده و وقتی موضوع عوض شد اسراء حکم موضوعی به موضوع دیگر از باب استصحاب نیست بلکه از باب قیاس است، مگر کسی این وصف تملک و مالک بودن و نبودن را از قبیل تبدل حالات بداند نه تغیر اصل موضوع، و شاید اشاره باشد به اینکه: اگر زمان‌ها ظرف باشند جای استصحاب عدم وجوب وفا است ولی اگر قید باشند باز موضوع عوض شده و جای استصحاب نیست.

قوله: مضافاً:

بیان دوم در ردّ استناد به عموم اوفوا بالعقود آن است که: عموم مزبور بر فرض جریان و شمولش نسبت به ما نحن فیه و بیع مزبور پس از مالک شدن و در نتیجه حکم به صحت و لزوم کردن، مبتلا به معارض است و آن دو قاعده سلطنت و طیب نفس است، بیان معارضه: به حکم عموم اوفوا بالعقود به مجرّد این که بایع فضولی مالک شد باید به عقدش وفا کند و حق ندارد تخلف کند و این حکم الزامی است و منوط به رضایت او نیست. ولی به حکم دو قانون مذکور، وقتی بایع فضولی مالک شد بر مالش مسلط است و تا طیب نفس نداشته باشد کسی حق ندارد در مالش تصرف کند، و علی الفرض در ما نحن فیه وی بیع را اجازه نکرده پس طیب نفس ندارد پس معامله مزبور باید باطل باشد آنگاه عموم اوفوا بالعقود با عموم دو قانون مذکور تعارض و تساقط می‌کنند و به اصل اولی در معاملات برمی‌گردیم که اصالة الفساد باشد و به حکم این اصل می‌گوییم: بیع فضولی مزبور (مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَهٖ وَلَمْ يُجْزَهِ) باطل است.

قوله و فحوی:

بیان سوم در ردّ استناد به عموم آیه وفای به عقد، فحوی و مفهوم موافقت روایت حسن بن زیاد طائی است: این روایت در رابطه با نکاح عبد بدون اذن مولی بود که بدنبال نکاح آزاد شده بود و از امام پرسید: آیا عقد ازدواجش را تجدید کند یا نه؟ امام علیه السلام فرمود: حالا آزاد شدی و صاحب اختیار شدی و همین کافی است بلکه فرمود: آیا وقت ازدواج

موالی تو باخبر شدند یا نه؟ او گفت: آری، مطلع شدند و سکوت کردند، امام فرمود: همین سکوت اقرار است، یعنی مناط رضایت مالک اصلی و مولی است نه عتق عبد.^۱ وجه اولوت: در مورد روایت عبدی که آزاد می شود مالک نفس خویش و صاحب اختیار خود می گردد، حال اگر تملک نفس به تنهایی و بدون اجازه بعدی مؤثر در صحت نیست و کفایت نمی کند پس تملک بر مال (که مورد بحث ما است) به طریق اولی مؤثر در صحت نخواهد بود. پس باز هم جای عموم افوا بالعقود نیست.

قوله: ثم لو سلم:

مسأله مَنْ باع شیئاً ثم ملكه و لم یجزه سه شعبه دارد:

۱- فضولی مال مردم را برای خودش فروخته و سپس خودش مالک شده و بیع مزبور را اجازه نداده است.

۲- مال مردم را برای مالک اصلی و صاحب مال فروخته و سپس خود مالک گردیده و بیع قبلی را اجازه نداده.

۳- مال مردم را برای شخص ثالث (نه خودش یا مالک اصلی) فروخته و سپس خود مالک گردیده و اجازه نداده.

به نظر ما در هیچکدام از سه شعبه جای تمسک به عموم افوا بالعقود نبود و معامله مزبور باطل بود، حال می گوئیم: بر فرض که عام مزبور در ما نحن فیه قابل تمسک باشد و به حکم آن بگوئیم: به مجرد تملک بایع فضولی، بیع مزبور صحیح و لازم می شود و نیازی به اجازه بعدی نیست، اما در خصوص شعبه اول این سخن قابل قبول است، ولی نسبت به دو شعبه دیگر، جریان عموم افوا بالعقود به مراتب مشکلتر است، زیرا فرض این است که برای خودش فروخته بلکه برای مالک اصلی یا فرد ثالث فروخته و آنها مقصودند، و حالا که مالک شده می خواهد برای خود اجازه کند که خودش مقصود نبوده و عقود تابع قصد هستند، و لذا حکم به صحت آن و استفاده از افوا بالعقود دشوارتر است. (در واقع این فراز اشکال چهارمی به آیه وفای به عقد است.)

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۶، باب ۲۶، حدیث سوم.

قوله: ولوباع:

اگر شخصی از طرف دیگری وکیل بود و به عنوان وکالت مال موکل را فروخت، سپس معلوم شد که در زمان بیع موکل مرده بود و اموال به ورثه منتقل شده بود و وکالت وکیل هم خود به خود از بین رفته بود و او منغرل و برکنار شده بود، حکم این بیع آن است که: برای شخص وکیل که مطلقاً واقع نمی شود چه اجازه بکند و چه نکند، زیرا وی اصلاً مالک نیست. و اما نسبت به ورثه: بیع مزبور در واقع بر مال آنها واقع شده و بدون اذن آنها بوده پس این بیع نسبت به آنها فضولی است و قواعد بیع فضولی را دارد که منوط به اجازه لاحق از سوی وارث است.

مسأله سوم

در رابطه با احکام مجیز سه مسأله اصلی مطرح است:

مسأله اول: بایع فضولی در حال عقد واقعاً (عندالله) و اعتقاداً (به عقیده خودش) جایز التصرف نبود و منشأ عدم جواز تصرف هم این بود که: وی مالک بود ولی محجور از تصرفات بود.

مسأله دوم: بایع فضولی در حین عقد واقعاً و اعتقاداً جایز التصرف نبود، آن هم به خاطر این که آن موقع اصلاً مالک نبود و مقتضی نداشت، و بعد از بیع مالک شد. که این مسأله دو بخش داشت:

۱- من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه ۲- من باع شیئاً ثم ملکه و لم یجیزه

تا به حال این دو مسأله مبسوطاً بحث و بررسی شد.

و اما مسأله سوم: بایع در حال عقد واقعاً جایز التصرف بود ولی خیال می کرد و معتقد بود که جایز التصرف نیست و پس از معامله کشف خلاف شد و معلوم شد که اعتقاد او جهل مرکب بوده و وی حق تصرف داشته، فعلاً این مسأله مطرح است، و چهار صورت دارد به این بیان:

اینکه خیال می کرد جایز التصرف نیست یا به خاطر این است که: خیال می کرد ولایت بر بیع ندارد (منظور از ولایت خصوص ولایت شرعی اب وجد نیست بلکه مطلق اذن و مأذون بودن است). ولی بعد از بیع معلوم شد که ولایت دارد و ولی یا وکیل و بالجمله در واقع مأذون است. و یا به خاطر این است که: خیال می کرد مالک نیست و حق

تصرف ندارد ولی پس از بیع معلوم شد که وی مالک واقعی مبیع بوده و حق تصرف هم داشته، و در هر یک از دو صورت مزبور، یا متاع را از ناحیه مالک و برای مالکش فروخته بود و یا برای خویش معامله کرده بود که حاصلضرب این دو صورت در دو صورت قبل، چهار صورت است و در مسأله ثالثه این صور مطرح است:

صورت اول متاعی را از جانب مالک و به نیت او می فروشد، سپس معلوم می شود که وی ولایت بر بیع داشته و اموال مولیّ علیه را فروخته است. حکم این صورت آن است که: جای کمترین تردید و اشکالی در لزوم بیع نبوده و معامله مزبور صحیح و لازم است (زیرا عقد مزبور عقدی است که از اهلش صادر شده و در محلّش واقع شده پس مشمول عمومات صحت و لزوم است، و نیز ادله ولایت و وکالت اینجا را می گیرد، و نیز عقد مزبور به ولیّ و مأذون مستند است و طیب نفس هم از اول وجود دارد، پس صد در صد مقتضی موجود است و مانع مفقود است. و تنها مانع این است که: بایع در حین بیع خیال می کرد که جایز التصرف نیست ولی اعتقاد و علم دخیل نیست بلکه در واقع که مأذون باشد و ولایت بر بیع داشته باشد کافی است.) و حتّی اگر بیع فضولی را باطل هم بدانیم باز این بیع صحیح است (زیرا اصلاً در واقع فضولی نیست.) (و نیازی به اجازه بعدی هم نیست که وقتی کشف خلاف شد و فهمید که ولیّ بوده دوباره عقد خویش را اجازه کند، زیرا اجازه طیب نفس لاحق است که می خواهد جای طیب نفس سابق را بگیرد و در اینجا طیب نفس مقارن وجود دارد که به طریق اولی کافی است.)

قوله: لکن الظاهر:

از ظاهر کلام قاضی ابن برّاج^۱ در یک فرع فقهی استفاده می شود که: مجرد اذن واقعی کافی نیست بلکه باید بایع هم مطلع باشد تا معامله اش صحیح و لازم شود، وی فرموده: اگر در واقع مولائی به عبدش اذن در تجارت و بیع و شراء داده، و عبد هم در خارج داد و ستد می کند ولی نه خود او از اذن مولی باخبر است و نه هیچ کس دیگر که با او طرف معامله است. چنین عبدی حق ندارد تجارت کند و هر کاری بکند نافذ نیست. آری اگر خود عبد از اذن مولی مطلع شد، از این پس هر کاری که بکند از بیع و شراء و غیره نافذ و

صحیح است، چه اینکه اگر خود او مطلع نشده و مستقیماً هم به او اذن داده نشده ولی مولی به عده دیگری امر کرده که با عبدش معامله کننده، باز وقتی عبد فهمید، امر مزبور به منزله اذن صریح و مستقیم است و باز عبد حق دارد با همان قوم یا با دیگران (اگر قوم مزبور نزد مولی خصوصیتی نداشته باشد) وارد معامله شود. (ولی تا علم و اطلاع پیدا نکرده مجرّد اذن واقعی کافی نیست).

قوله: وعن المختلف:

علامه در مختلف به قاضی ابن براج اشکالی کرده که شیخ نیز آن را تحسین می کند و آن اینکه: علم و اطلاع عبد و اعلام مولی به قوم ملاک و مؤثر در صحت نیست، بلکه مناط رضایت باطنی و نفس الامری است که در صورت اعلام و عدم اعلام هست، پس اگر بدون علم و اطلاع معامله ای کرد و بعداً تصادفاً معلوم شد که مأذون بوده، کفایت می کند و بیش از این دلیل نداریم.^۱

صورت دوم: مال مردم را برای خودش و به نیت خویش فروخت و خیال می کرد فضولی است و حق ندارد بفروشد ولی بعداً معلوم شد که ولی بوده و شرعاً و عرفاً حق داشته بفروشد. حکم این صورت هم مثل صورت اول است یعنی بیع مزبور صحیح است (زیرا عقدی است که از اهلش صادر شده و در جایش واقع شده و مشمول ادله صحت و لزوم می باشد.) و برای مالک اصلی یعنی مولی علیه واقع می شود (چون او مالک واقعی است.) و تنها ایرادی که دارد اینست که: بایع قصد نفس کرده و معامله را برای خودش انجام داده ولی مکرّر گفتیم: قصد غیر مالک اصلی نه به حال غیر مالک سودمند است و نه بر حال مالک واقعی قاذح و زیانبار است، بلکه حکم به الغاء قصد مزبور می شود.

قوله: وفي توقفه:

پس معامله مزبور از ریشه باطل نیست بلکه محکوم به صحت است ولی آیا اجازه لاحقی لازم است (که پس از کشف خلاف و ثبوت ولایت به عنوان وقوع بیع برای مولی علیه اجازه ای بکند) یا لازم نیست و بدون اجازه هم محکوم به صحت است؟ اول

می فرماید: توقّف بر اجازه وجهی دارد و آن اینکه: ولیّ فقط اذن دارد که مالِ مولیّ علیه را برای خود مالک بفروشد و او را قصد کند و اینجا برای خودش فروخته نه مولیّ علیه، پس ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، و لذا باید اجازه‌ای هم بیاید. ولی بعد می فرماید: فتأمّل که اشاره است به اینکه: وقتی در واقع ولیّ است و طیب نفس هم دارد دیگر چه نیازی به اجازه بعدی است؟ قصد نفس را الغاء می کنیم و کار تمام است.

صورت سوّم: متاعی را که بایع گمان می کرد مال مردم است به نیت صاحبش و از طرف مالکش می فروشد (بگونه‌ای که هدف آن است که ثمن به ملک مالکش داخل شود و بیع خود را به خیال خود فضولی می داند). ولی پس از بیع کشف خلاف شد و معلوم گردید که خود بایع مالک واقعی بوده و مال خودش را فروخته ولی حین البیع از این امر خبر نداشت و در جهل مرگّب بود. حال چنین بیعی صحیح است یا باطل؟ مرحوم شیخ ابتدا مثالی برای این فرض ذکر می کنند، که منحصر به آن نیست و مثالهای دیگری هم وجود دارد که به عنوان نمونه سه مثال می آوریم:

۱- فرزندی با اعتقاد به اینکه پدرش در قید حیات است، مالی از اموال پدر را از جانب او و برای او فروخت، سپس معلوم شد که در حال بیع پدر از دنیا رفته بود و مال مزبور به سبب ارث به خود بایع منتقل شده بود و در واقع ملک خودش را فروخته است.

۲- فرزندی در دوران صغر سنّ از سوی پدر یا دیگران اموالی را به عنوان هدایا دریافت کرده بود ولی خودش خبر نداشت که این هدایا ملک او است و خیال می کرد اینها ملک پدر می باشند و لذا پس از بلوغ آنها را به نیت پدر فروخت و بعداً مطلع شد که این اموال ملک خود او بوده و مال خودش را فروخته است.

۳- وکیلی برای موکّل خویش متاعی را خریده بود ولی موکّل بدون اطلاع از معامله وکیل و به گمان اینکه فلان متاع ملک فلا نکس است برای او فروخت و خود را بایع فضولی دانست ولی پس از بیع معلوم گردید که خودش مالک واقعی بوده است.

حال که با عنوان مسأله و با مثالهای آن آشنا شدیم می گوییم: در باره صورت سوّم دو مقام از بحث مطرح است:

- ۱- آیا اساساً چنین معامله‌ای صحیح است یا باطل؟
- ۲- بر فرض صحّت آیا لزوم آن منوط به اجازه لاحق از سوی مالک واقعی یعنی

خود بایع است که وقتی مطلع شد و دانست که خودش مالک بوده باید عقد خودش را اجازه بکند؟ یا منوط به اجازه نیست و بدون آن هم صحیح و لازم است؟

اما مقام اول: مشهور فقهاء فتوی به صحّت چنین بیعی داده‌اند (دلیل صحّت همان ادله‌ای است که در صورت اول و دوم از چهار صورت مسأله ثالثه گذشت که: عقد مزبور عقدی است که از اهلش یعنی مالک واقعی صادر شده و در محلّش واقع شده و مشمول عموماً صحّت و لزوم است.) و بلکه از کلام علامه در دو کتاب قواعد^۱ و ارشاد^۲ در باب هبه آن دو کتاب استفاده می‌شود که صحّت اجماعی است (که بالاتر از شهرت است) و مرحوم شیخ می‌فرماید: هرچه گشتیم نیافتیم فقیهی را که تصریح به بطلان بیع مزبور کرده باشد، بلکه حداکثر سه نفر از فقهاء عظام را یافتیم که احتمال بطلان داده‌اند: ۱- شهید اول در قواعدش^۳ فرموده: قول به بطلان ممکن و محتمل است.

۲- پیش از شهید فخرالدین در ایضاح^۴ این احتمال را داده

۳- و پیش از فخرالدین هم پدرش علامه ره در نهایه^۵ این احتمال را داده است.

ادله بطلان: در مجموع از کلام این بزرگان سه دلیل بر بطلان استفاده می‌شود.

دلیل اول: (مفروض این دلیل با اصل عنوان صورت ثالث تطابق دارد و بیع عن المالك را دلالت دارد) بایع که متاعی را از طرف مالکش و به نیت او می‌فروشد، منحصرأً قصد نقل از طرف مالک (مثلاً پدرش در مثال اول) دارد و به نیت انتقال ثمن به مالک انشاء بیع می‌کند نه اینکه قصد انشاء نقل از سوی خود داشته باشد و فرض این است که این نقل و انتقال از طرف مالک یعنی پدر و برای او واقع نمی‌شود چون او در حال عقد مرده بوده و قابلیت تملیک و تملک را نداشته تا بیع برای او واقع شود، و خود بایع که قابلیت دارد و زنده و مالک واقعی است در حال عقد قصد نشده و انشاء تملیک برای او نشده است تا صحیح باشد. پس در حقیقت ما قصد لم یقع (وقوع بیع برای میت) و ما وقع لم یقصد (وقوع برای خود بایع) و عقود هم تابع قصود است و چون برای من قصد واقع نمی‌شود پس باید حکم به بطلان آن شود.

۲. ارشاد، ج ۱، ص ۴۵۰.

۴. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۰.

۱. قواعد، ج ۱، ص ۲۷۵.

۳. القواعد والفوائد، ج ۲، ص ۲۳۸.

۵. نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۴۷۷.

دلیل دَوَم: (مفروض این دلیل موردی است که بایع متاع مزبور را برای خودش بفروشد نه برای مالک یا پدر) انشاء و عقد مزبور گرچه در صورت و ظاهر، منجّر و جاز مانه است و جزماً گفته: بعثک کذا بکذا و قید و شرطی نیاورده ولی در معنی و باطن و در حقیقت معلّق است و شرطی را در تقدیر دارد و تقدیر این است: اِنْ مَاتَ مَوْرَثِی فَقَدْ بَعَثَکَ، زیرا اگر بخواهد بیع برای خودش واقع شود و ثمن در ملک او داخل شود چاره‌ای از تقدیر مزبور نیست، پس عقد مزبور باطناً معلّق است «صغری» و در شروط صیغه گفته آمد که تعلیق در عقد و انشاء بالا جماع مضرّ و مبطل است «کبری». پس عقد مزبور باطل است «نتیجه».

دلیل سَوَم: چنین بایعی مثل انسان عبث کار و یاوه‌گو و بازیگر و هازل می‌ماند و بیع و انشاء او جدّی نیست بلکه صوری و ظاهری و لقلقه زبان است و تنها صورت بیع را انشاء کرده است «صغری» و بیع صوری و هزلی هم که ارزشی ندارد و به هیچ وجه مؤثّر واقع نمی‌شود «کبری» پس باز هم بیع مزبور باطل است. «نتیجه» عمده در این دلیل اثبات صغری است که می‌فرماید: فرض این است که بایع اعتقاد به حیات پدر دارد (ولو اعتقادش در واقع خطا و جهل مرکب است ولی خود او که متوجه نیست). و به دنبال آن اعتقاد به مالکیت پدر دارد، و از طرف پدر اذن در بیع هم ندارد، پس نه خود را مالک می‌داند و نه ادّعی مالکیت دارد و نه از ناحیه مالک مأذون است، بلکه به کلی از متاع مزبور اجنبی است معذلک آن را برای خود می‌فروشد و قصدش این است که ثمن ملک خودش گردد، بدیهی است که هر کس از واقع امر و مطالب مذکور مطلع باشد و در جریان امر قرار بگیرد به کار او می‌خندد و می‌گوید: این بیع به شوخی نزدیکتر است تا به جدّی بودن. پس انشاء کذائی بی‌ارزش است و معنای بطلان هم جز این نیست. (ضمناً مفروض این دلیل هم مثل دلیل دَوَم، موردی است که بایع مال پدر را برای خودش بفروشد نه برای پدر).

قوله: اقول:

مرحوم شیخ اعظم از هر سه دلیل مذکور جداگانه جواب می‌دهند:
اما جواب از دلیل اوّل: درست است که بایع فقط قصد نقل از طرف پدر کرده و به نیّت او فروخته نه از طرف خودش که مالک واقعی بوده و خبر نداشت، ولی چنین

قصدی قاذح نیست و لطمه‌ای به صحت بیع نمی‌زند، زیرا که قصد نقل کردن از سوی پدر دو گونه و دارای دو عنوان است:

۱- به عنوان اینکه پدر شخص خاصی است و زید بن بکر است در انشائش او را قصد می‌کند.

۲- به عنوان اینکه به اعتقاد او پدرش مالک است انشاء را به قصد او انجام می‌دهد. حال تردیدی نیست در اینکه شخص خاص بودن و عنوان اولی نقشی ندارد، آنکه حیثیت ثقییدی است و تمام موضوع است مالک بودن و عنوان دومی است. پس گرچه در ظاهر قصد نقل برای پدر کرده ولی در حقیقت قصد نقل برای مالک نموده (در حیثیات ثقییدی تمام مناط و موضوع خود حیثیت است) و بعد هم که حکم به صحت می‌کنیم، به صحت و وقوع برای مالک حکم می‌کنیم نه برای دیگری، پس همان که در انشاء قصد شد واقع می‌شود و ما قُصِدَ وَقَعَ و قانون «العقود تابعة للقصود» نقض نشده است و تنها اشکال و اشتباه در تطبیق کبرای کلی است و این که بایع خیال می‌کرد مصداق مالک پدرش می‌باشد غافل از این که مصداق واقعی خودش بوده و این لطمه‌ای نمی‌زند. و قبلاً در عکس این مسأله مبسوطاً در این رابطه بحث شد، منظور از عکس مسأله همان است که در مسأله سؤم از مسائل اصلی بیع فضولی گذشت که مال مردم را برای خودش می‌فروخت و آن مسأله دو شعبه داشت:

الف: بیع الغاصب که مالی را سرقت و غصب کرده و برای خودش می‌فروشد.

ب: بیع المعتقد که به اشتباه معتقد شده که فلان متاع مال او است و آن را می‌فروشد.

در آنجا اشکالی بود که بعداً که مالک اصلی اجازه می‌دهد این اجازه با انشاء تطابق ندارد، ما اُنْشَاءَ لَمْ يُجْزَ و ما أُجِيزَ لَمْ يُنْشَأْ، و از آن اشکال جوابهایی داده شد، مرحوم شیخ در راه حلّ نهایی فرمودند: انشاء بیع برای خودش به عنوان مالکیت بوده و اجازه هم به همین عنوان بار می‌شود و تطابق دارد، انشاء برای مالک است و اجازه هم به همان تعلق می‌گیرد و قصد الغیر یا قصد النفس رکبیت نداشته و دخیل نیست. حال ما نحن فیه با شعبه دوم آن مسأله متعاکسان هستند و حکم همان است که ذکر شد.

نتیجه: از این حیث که بایع قصد نقل از سوی پدر داشته و عقود تابع قصد است

و... خیالمان راحت شد که اشکالی نیست.

قوله: نعم:

مشکل دیگری مطرح است و آن این که: عده‌ای بیع فضولی را باطل می‌دانند و دلیلشان این است که: مقارنت طیب نفس مالک به خروج مال از ملک خودش، شرط صحّت بیع است و در بیع فضولی این شرط نیست و اذا انتفى الشرط انتفى المشروط پس بیع فضولی باطل است. حال طبق این مسلک در ما نحن فیه حکم به بطلان قوّت دارد، زیرا که در حال بیع، طیب نفس مذکور وجود نداشته (بایع اصلاً خبر نداشت که مالک است تا طیب نفس به خروج مال از ملک خویش داشته باشد یا نه) ولی به عقیده ما این نیز مشکلی ایجاد نمی‌کند زیرا اصلاً به نظر ما طیب نفس مقارن شرط نیست و طیب نفس لاحق هم کفایت می‌کند و بر همین اساس در مقام ثانی خواهیم گفت که: صحت و لزوم منوط به اجازه است و به صرف کشف خلاف بسنده نمی‌کنیم.

قوله: واما ما ذکر:

و اما جواب از دلیل دوّم:

اولاً چنانکه در آغاز هر دلیلی اشاره شد، مفروض کلام شما در دلیل اوّل با دلیل دوّم قابل جمع نیست (زیرا در دلیل اوّل سخن از قصد نقل از سوی مالک و پدر مطرح بود و در دلیل دوّم قصد نقل از سوی خود بایع و برای خودش مطرح است) ثانیاً ما قبول نداریم که انشاء مزبور باطناً و حقیقتاً معلق باشد، زیرا مفروض بحث از اوّل اینست که: وی با اعتقاد و علم به حیات پدر مال پدر را برای خویش می‌فروشد و در حیات والد تردیدی ندارد، در حالی که معنای تعلیق اینست که: احتمال می‌دهد پدرش در قید حیات باشد یا نه؟ وعدم العلم است و لذا می‌گوید: ان مات... و این دو با هم مُجامع نیستند. پس انشاء عقد تنجیزی است. و اگر بگوئید او که خود را مالک نمی‌داند چگونه جزماً و تنجیزاً انشاء بیع می‌کند؟ خواهیم گفت: او نیز به اعتقاد خویش یک غاصب و سارق است که اموال پدر را سرقت کرده و می‌فروشد و در بیع غاصب اینگونه حل کردیم که: اوّل ادعای مالکیت و سلطنت می‌کند و بنا را بر اینها می‌گذارد و بدنبال بناگذاری به طور جزم انشاء بیع می‌کند و بیع جدّی انجام می‌دهد. و وقتی بعداً معلوم شد که خودش مالک بوده از حیث تعلیق اشکالی وارد نیست.

قوله: اللهم:

مگر کسی بگوید قصد صوری و ادّعائی و بنا را بر مالکیت گذاشتن کافی نیست و باید قصد حقیقی و واقعی به نقل و انتقال داشته باشد که مبتنی بر تملک واقعی است و در ما نحن فیه بایع قصد حقیقی ندارد، از این حیث اشکال دارد، و لذا جناب شهید ثانی در مسالک فرموده: فضولی و مکره فقط قصد لفظ دارند نه قصد مدلول و بیع آنها اشکال دارد.

قوله: ولكن:

از این اشکال هم جواب می‌دهیم به اینکه: همین مقدار از قصد صوری و ادّعائی کافی است و بیش از این لازم نداریم و مبسوطاً گذشت و بر همین اساس بیع فضولی و مکره را صحیح دانستیم.

قوله: ومن ذلك يظهر:

و اما جواب از دلیل سوم:

اولاً نظیر اشکال اول که بر دلیل دوم وارد بود، بر این دلیل هم وارد است و دلیلهای هماهنگ نیست.

و ثانیاً نظیر راه حلّی که در جواب از دلیل دوم گفتیم در اینجا هم می‌گیریم که، بایع عابث و هازل نیست و قصد صوری ندارد، بلکه ادّعای مالکیت و سلطنت کرده و آن را به طور جدّ و جزم و حتم و تنجیز برای خودش می‌فروشد و قصد جدّی بیع امر آسانی است و از این حیث هم کمبودی ندارد.

قوله: وكيف كان:

مقام دوم: در مقام اول به این نتیجه رسیدیم که بیع مزبور بلا اشکال صحیح است. و اما مقام دوم: آیا بیع مزبور صحیح و لازم است و بعداً هم که معلوم شد که خود بایع مالک واقعی بوده نیازی به اجازه و امضاء نیست؟ یا صحیح و موقوف است یعنی بعد از علم و اطلاع و توجّه و التفات، باید بیع خودش را اجازه بکند و تا اجازه نکند حکم به لزوم نمی‌شود؟ دو نظریّه وجود دارد:

۱- غیر واحدی از فقهاء فرموده‌اند: بیع مزبور صحیح و لازم است و نیازی به اجازه

لاحق نیست

٢- عده‌ای از فقهاء منجمله محقق ثانی^۱ و شهید ثانی و جناب شیخ اعظم فرموده‌اند: بیع مزبور صحیح و موقوف است، و تا اجازه نیاید لازم نمی‌شود.

گروه اول: برای اثبات مدّعی خود دو دلیل آورده‌اند:

دلیل اول: فرض این است که عقد مزبور از خود مالک اصلی و واقعی صادر شده و خود وی مجری عقد و فاعل مباشر و مستقیم عقد بوده، آنگاه وجهی ندارد کسی بگوید: وی باید فعل خودش را (عقدی را که انشاء کرده) از نو اجازه کند، تا به حال شنیده بودیم که اگر فضولی عقدی را انشاء کرد نیاز به اجازه مالک اصلی داریم، ولی شنیده بودیم که اگر خود مالک واقعی هم عقدی را انشاء کرد نیازمند به اجازه باشد!!

(از این دلیل می‌توان دو نوع جواب داد، یکی اینکه: در بیع مکره با اینکه بائع و مجری عقد خود مالک اصلی است معذک فقهاء فرمودند: پس از رفع اکراه باید معامله قبلی را اجازه کند، پس نظائری داریم که شخص فعل خودش را اجازه کند.

و دیگری اینکه: اگر مالک واقعی به عنوان اینکه مالک است و با علم به مالک بودن اجراء عقد کرد نیازی به اجازه نیست و از آغاز به عنوان مزبور طیب نفس و تراضی هست و کار تمام است. ولی اگر به عنوان اینکه مال دیگری است انشاء بیع کرد و اصلاً احتمال نمی‌داد که ملک خودش باشد، در اینجا از اول طیب نفس مالک بما هو مالک نیست و باید طیب نفس و تراضی باشد تا معامله لازم شود، و آن با اجازه بعدی تدارک می‌شود، پس نیاز به اجازه بعدی هست).

دلیل دوم: بائع در مقام انشاء مستقیماً که نقل مال خودش را قصد نکرده (چون اصلاً التفات به این مطلب نداشت و نمی‌دانست که مال خودش است و خیال می‌کرد ملک دیگری است). آری وی قصد نقل مال معین را دارد یعنی وقتی می‌گوید: بعث هذا الكتاب بكذا، مقصودش آن است که این کتاب معین به مشتری منتقل شود و در ملک او داخل شود، بدون این که شعور و التفاتی به مسأله مالکیت واقعی خود داشته باشد. حال این قصد نقل مال معین به دیگری از دو حال خارج نیست:

١- یا از قصد نقل مال خودش به عنوان این که مال خودش می‌باشد، کفایت می‌کند و همین مقدار از قصد بس است که در این صورت نه تنها نیازی به اجازه بعدی نیست

بلکه نیازی به اذن قبلی هم نیست، و بالاتر از اذن است تاجه رسد به اجازه، و دلیل اولویت آن است که خود مالک واقعی فاعل مباشر بوده و مستقیماً عقد را انشاء کرده نه این که به دیگری اذن در بیع دهد و وکیل بگیرد، یا بیع فضولی دیگری را اجازه کند.

۲- و یا قصد مزبور کافی نیست و موجب حصول قصد نقل به مال خودش نمی شود و جای آن را نمی گیرد در این صورت باید از اساس حکم به بطلان کرد، چون وی نقل مال معین را قصد کرده و قصد مزبور هم فایده ای ندارد، قصد مال خودش هم نکرده، عقود هم که تابع قصود است، پس وجهی برای صحّت نیست. (جواب این دلیل بعداً خواهد آمد). پس در هر صورت نیازی به اجازه لاحق نیست.

قوله: ولكن الاقوی:

گروه دوم برای اثبات مدعای خود دلایلی دارند:

دلیل اوّل: محقّق ثانی فرموده^۱: بایع در هنگام انشاء بیع قصد نقل فعلی و حالی ندارد و منظورش این نیست که به مجرد انشاء، نقل و انتقال محقق شود؛ و مبیع ملک مشتری شود، زیرا خودش هم معتقد است که مالک نیست و مبیع ملک غیر است و تا غیر راضی نشود معامله درست نمی شود پس از خود او هم پرسیم که منظور نقل فعلی و به مجرد انشاء است؟ در جواب خواهد گفت، هرگز! آری قصد نقل مع اجازه را دارد یعنی مقصودش این است که پس از ضمیمه شدن اجازه نقل و انتقال بیاید و معامله اثر دار شود، پس، از آغاز قصد خاصّ یعنی قصد تملک بعد از اجازه مطرح بوده و در انشاء لحاظ شده و عقود هم تابع قصود است، پس باید اجازه بیاید تا صحیح باشد و گرنه از قصد تخلف شده است.

قوله: الا ان يقال:

دلیل مزبور قابل قبول نیست و به دو بیان ردّ شده:

بیان اوّل از خود محقّق ثانی است که فرموده: قصد اصل بیع کفایت می کند.

مرحوم شیخ در توضیح این جمله می فرماید: آن که قوام معامله به آن است و در اصل انشاء و عقد دخیل است همین قصد اصل نقل و تملک است، و اما این که آیا به

دنبال عقد به مجرد قصد ملکیت حاصل می شود یا پس از اجازه مالک اصلی انتقال می آید ربطی به مدلول لفظ عقد (بعث کذا بكذا) ندارد، نه وجود آن دخیل و معتبر است تا در ضمن عقد قصد شود و نه عدم آن دخیل است تا قصدش قاذح باشد، بلکه ترتب اثر به مجرد عقد و انشاء، یا پس از لحوق اجازه از احکام شرعیّه ای است که بر عقود عارض می شود و به اختلاف موارد، مختلف و متفاوت می شود، یعنی در پاره ای از موارد به مجرد عقد ملکیت می آید و اثر مترتب می شود، و در برخی موارد با آمدن یک امر متأخر از عقد (از قبیل تقابض در بیع صرف، قبض ثمن در بیع سلف، قبض در هبه، اجازه در بیع فضولی و...) اثر بار می شود و حکم به صحّت یا لزوم می شود ولی تمام این ها از ماهیّت و حقیقت صیغه بیع خارج است و مربوط به حکم شارع است. آن گاه قصد اصل نقل مهم و لازم است که دارد، اما قصد نقل از حین عقد یا از حین اجازه دخیل نیست تا شما بگویید: نقل بعد از اجازه را قصد کرده، عقود هم تابع قصود است پس باید اجازه هم بیاید، خیر از این راه لزوم اجازه ثابت نمی شود.

بیان دوّم: درباب اجازه دو مبنی بود: یکی قول به کشف و دیگری قول به نقل، حال بر مبنای کاشفیّت (که مبنای استدلال محقق ثانی هم هست) نبود قصد مذکور (قصد نقل فعلی و حالی و از لحظه انشاء) قاذح نیست (در ترتب اثر از حین عقد) بلکه چه بسا قصد نقل بعد از اجازه قاذح باشد چرا که معنای کشف، ترتب اثر از حین عقد است و معنای قصد مزبور، ترتب اثر از حین اجازه است و تنافی دارند و با قول به کشف نمی سازد. پس یا قصد نقل از حین عقد بکند و یا قصد نقل مطلق داشته باشد و گرنه با مبنای کشف سازگار نخواهد بود.

دلیل دوّم: قوله: فالدلیل:

به عقیده شیخ بیشتر ادله ای که در بیع فضولی، لحوق اجازه را شرط لزوم دانسته و در لزوم معتبر می دانست در ما نحن فیه هم جاری و ساری است و بر اعتبار و اشتراط اجازه در لزوم دلالت دارد، و آن ادله عبارت بود از کتاب و سنت و اجماع و عقل، که بیشتر آنها در ما نحن فیه قابل جریان است:

اما کتاب: عموم آیه تجارت: در این آیه دو چیز مطرح شده: یکی اکل مال به باطل، و دیگری تجارت توأم با تراضی و به حکم این آیه تنها در صورتی که تجارت با تراضی

باشد اکل مال به باطل نیست و منظور تراضی مالکها به عنوان مالک بودن است و گرنه تراضی دیگران یا به عناوین دیگر ارزشی ندارد و مجوز اکل مال دیگران نیست، و در ما نحن فیه تراضی مالک به عنوان این که مالک است از اوّل نبوده، چون بایع خیال می کرد مال دیگری را می فروشد و به آن عنوان رضا به بیع داده نه به عنوان مال خودش، پس باید اجازه بعدی بیاید تا عنوان تجارت با تراضی مالکین محقق شود تا اکل مال به باطل نباشد.

و اما سنت: عموم قاعده سلطنت: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، و این بایع هم که مال واقعی خود را فروخته از این قانون مستثنی نیست و به عنوان اینکه مال خودش می باشد بر آن سلطنت دارد و اختیار مال دست او است و کسی حق ندارد او را ملزم سازد، پس اگر بعد از علم و التفات راضی شد و اجازه کرد معامله صحیح است و الا فلا.

و عموم قاعده طیب نفس: این عموم دلالت دارد که هیچ کسی بدون رضای باطنی و طیب نفس مالک حق ندارد در اموال او تصرف کند، و ملاک رضایت مالک است به عنوان مال خودش و به عنوان اینکه مالک است نه اینکه ملاک یک طیب نفسی باشد چه از مالک بما هو مالک و چه از دیگران، و فرض این است که بایع به این عنوان طیب نفس نداشته پس باید بالحق اجازه جبران شود.

و اما حکم عقل: عقلاً هم طیب نفس و رضایت مطلق کافی نیست و باید به عنوان مالک، باشد که از اوّل نبوده، آری مسأله اجماع در ما نحن فیه نیست، چرا که غیر واحدی از فقهاء فتوی به عدم لزوم اجازه دادند.

قوله: و اما ما ذکرناه:

جواب از دلیل دوم گروه اوّل: اینکه گفتید: بایع قصد نقل به سوی مال معین دارد و از دو حال خارج نیست: یا چنین قصدی کفایت می کند و یا کفایت نمی کند... ما شقّ ثانی را اختیار کرده و می گوئیم: چنین قصدی در تحقق صحّت فعلی (که ما را از آمدن اجازه مستغنی بسازد) کفایت نمی کند ولی در تحقق صحّت تأهلّی و شأنی کفایت می کند، بیان مطلب: از نظر تحقق صورت عقد (و اینکه معامله قابل لازم شدن باشد محقق شده) همان قصد نقل مال معین خارجی کفایت می کند و اما اینکه این بیع را به قصد اینکه مال

خودش است انجام دهد یا به قصد اینکه مال دیگری است انجام داد، و در این قصد نفس یا قصد غیر داشتن مصیب باشد یا خطا بکند، اینها در تحقق مدلول عقد نقشی ندارند نه نبود اینها قاذح است و نه وجود اینها نافع، و بر همین اساس ما در مسأله سَوَم از مسائل بیع فضولی (که مال مردم را برای خود و به قصد خودش می فروشد) حکم به صَحّت کردیم و گفتیم: مهمّ اصل قصد نقل و تملیک است و اما قصد نفس داشتن لغو است و تأثیری ندارد. پس قصد نقل مال معین خارجی تا این مقدار کفایت می کند.

و اما صَحّت فعلی که معامله مزبور لازم هم بشود در گرو طیب نفس و تراضی است و اینجا است که مطلق رضایت دادن به انتقال متاعی به دیگری، کافی نیست بلکه باید طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است در میان باشد، تراضی مالکین به عنوان اینکه مالک هستند وجود داشته باشد نه وجود یک تراضی مجمل و فی الجملة ای که اتّفاقی و تصادفاً تراضی مالکی از آب در آمده، و طیب نفس مالک به عنوان مالک بودن در هنگام انشاء نبوده (چون اصلاً خبر نداشت که خودش مالک است) و لذا نیاز داریم که این رضایت خاطر بعداً ملحق شود تا معامله لازم شود بر این اساس است که ما به انشاء قدیم بسنده نکرده و اجازه جدید را شرط می دایم.

(به عبارت دیگر: در عقد دو چیز معتبر است: یکی انشاء بیع و دیگری رضایت مالک یا مأذون و خلاصه: رضایت کسی که استناد عقد به او مفید است، و اوّلی شرط صَحّت است که از اوّل وجود دارد و دوّمی شرط لزوم است که بعداً باید ملحق شود).

قوله: فلو اذن:

بر مطلب مذکور (طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است باید باشد و آن بعد از علم و اطلاع و راضی شدن است نه قبل از آن) اموری را مبتنی و متفرع می کنند:

۱- اگر شخصی به اعتقاد اینکه فلان متاع ملک فلانی است به دیگری اذن در تصرّف داد و گفت: من به شما اجازه دادم که از فلان غذا که مال زید است تناول کنید، به فلان مرکب سوار شوید و... و مأذون می دانست که این غذا مال خود آذن است ولی خبر ندارد، صرف اذن مزبور مجوّز تصرّف نمی شود و مأذون حق ندارد در آن مال تصرّف کند، چون اذن مزبور از ناحیه مالک به عنوان اینکه مالک است صادر نشده و به این عنوان راضی نشده است.

۲- اگر شخصی به خیال اینکه عبدی مملوک دیگری است آن را آزاد کرد پس معلوم شد که عبد خودش بوده باز عتق محقق نمی شود و کلاً باطل است، چون به عنوان اینکه عبد خودش است راضی به عتق نبوده و اجراء صیغه نکرده است.

۳- اگر شخصی به دیگری وکالت داد و گفت: از طرف من این زن را طلاق بده، و وکیل هم قبول وکالت کرده و آن زن را طلاق داد، بعداً معلوم شد که زوجه خودش را طلاق داده است باز هم چنین طلاق محقق نمی شود. چرا که قصد طلاق به عنوان زوجه خودش نداشته و به عنوان زوجه موکل قصد طلاق کرده، فما قصد لم يقع و ما وقع لم یقصد، و در اینگونه موارد پس از کشف خلاف اجازه هم دردی را درمان نمی کند برای اینکه عقود قابلیت دارند که بر اجازه بعدی موقوف شوند ولی ایقاعات چنین قابلیت ندارند، (کما سیأتی)

۴- قوله: ولو غره الغاصب:

مقدمه ای می آوریم که هم به حال فرازهای قبلی سودمند باشد و هم روشنگر مطالب این فراز باشد، و آن این که: در کل انشائات و معاملات (چه عقود که طرفینی است و ایجاب و قبول لازم دارد و چه ایقاعات که یک طرفی بوده و تنها دارای ایجاب است) دو شرط قطعاً باید باشد:

یکی قصد مدلول است یعنی موجب وقتی انشاء بیع کرده و می گوید: «بعثک هذا بكذا» باید مضمون و مفاد این عقد را که انشاء تملیک عین به مال است، قصد کند و به قصد تحقق آن ایجاب مزبور را ایجاد کند، یا وقتی انشاء عتق کرده و می گوید: «اعتقتک فی سبیل الله» باید مدلول صیغه عتق را که انشاء فک ملک است قصد کند. و ضمناً در تحقق مدلول عقد یا ایقاع بیش از قصد انشاء تملیک مال معین یا فک ملک معین دخالتی ندارد، این که حتماً قصد نفس یا قصد غیر داشته باشد و به عنوان این که مال خودش هست انشاء تملیک کند لازم نیست و بدون آن هم مضمون عقد و ایقاع محقق می شود. و شرط دوم اینکه طیب نفس و رضایت خاطر هم داشته باشد که اولی شرط صحّت موقوف و مراعی بود و دومی شرط صحّت فعلی است و تا نباشد معامله صحیح فعلی نیست، و اینجا است که طیب نفس مطلق کافی نیست یعنی صرف اینکه من راضی هستم و می دانم که مال خودم هست و به این عنوان رضایت بدهم و طیب نفس داشته

باشم و در یک جمله تراضي مالکی و طیب نفس مالک بما هو مالک معتبر است، آنگاه در ایقاعات چون قابلیتِ لحوق اجازه و رضایت را ندارد و از اوّل امر یا صحیح و لازم هستند و یا فاسد و باطل، باید طیب نفس مزبور از اوّل و مقارنِ انشاء باشد ولی عقود چون قابلیتِ مزبور را دارند و لازم نیست که طیب نفس مالک در عقود، مقارن با عقد باشد لذا قابلیتِ دارند که اوّل اصل عقد و انشاء تملیکِ مال معین به شخص معین واقع شود و بعداً اجازه مالک به عنوان مالک به آن ملحق شود و بدین وسیله صحیح و لازم شوند.

با حفظ این مقدمه می‌گوییم: بر همین اساس (که طیب نفس مالک به مال خودش به عنوان اینکه مال خودش است و این معنی محرز است باید باشد نه یک طیب نفسی به یک نقل مالی که تصادفاً مال خودش بوده) در سه فرع قبلی حکم به بطلان عتق و طلاق و حرمت تصرف نمودیم، و اینک فرع چهارم را طرح می‌کنیم: اگر غاصبی عبد کسی را غصب کرده و به مالک اصلی عبد می‌گوید: این عبد من است و آن را از طرف خودتان آزاد کنید (منظور این است که اوّل به وکالت از من، عبد را به خودتان تملیک کند و سپس آن را برای خودتان آزاد کنید، چون لا عتق الا فی ملک) مالک هم بی‌خبر از جریان، قبول کرده و عبد مزبور را آزاد می‌کند و بعد از آزاد کردن معلوم می‌شود که عبد واقعی خودش بوده و عبد خود را آزاد کرده بود آیا چنین عتقی نافذ و صحیح و مؤثر است؟

شیخ اعظم می‌فرماید: اقوی به نظر ما عدم نفوذ است (به همان دلیل که باید طیب نفس مالکی باشد و وی به عنوان اینکه عبد خودش هست راضی به عتق باشد و به این عنوان راضی نبوده و بعد از علم و اطلاع هم قابلِ لحوقِ اجازه و رضایت نیست.) و در این حکم با گروهی موافق هستیم:

۱- علامه در تحریر^۱

۲- شهید در حواشی^۲

۳- محقق ثانی در جامع المقاصد^۳ ضمناً محقق ثانی در ما نحن فیه (بیع مال واقعی

۱. تحریر، ج ۲، ص ۱۴۱.

۲. به نقل محقق ثانی در جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۳۳.

۳. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۳۳.

خود به خیال اینکه مال دیگری است و سپس کشف خلاف) فتویٰ به صحت بیع دادند و فرمودند: با حقوق اجازهٔ پس از علم و اطلاع، معامله صحیح و لازم می‌شود، و در مثال عتق فتویٰ به بطلان دادند، ولی کسی توهم نکند که محقق ثانی تناقض گوئی کرده و نباید تفصیل می‌داد بلکه یا هر دو را صحیح می‌دانست و یا هر دو را باطل، خیر تناقضی نیست و حق همان است که محقق ثانی قائل شد، چرا که عتق موقوف مراعی بر امر استقبالی نیست و باید از اوّل و مقارن با اجراء صیغه، طیب نفس خاص (یعنی طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است بر فک مال و عتق رقبه) وجود داشته باشد که ندارد پس باطل است. ولی بیع می‌تواند بر امر استقبالی موقوف باشد و طیب نفس مقارن، شرط صحت بیع نیست و بعداً هم بیاید کفایت می‌کند، این است سرّ تفاوت عتق و بیع.

آری ایراد تناقض به گروه دیگری وارد است که عتق مزبور را کلاً فاسد و باطل می‌دانند ولی بیع کذائی را هم صحیح و هم لازم می‌دانند و می‌گویند: نیازی به اجازه بعدی نیست، و ایراد این است که، در انشاءات مالی (که عتق و بیع هم از این مقوله هستند) آیا انشاء مال معین که در واقع ملک منشیء است ولی خودش خبر ندارد و به عنوان مال خودش انشائی روی آن انجام نداده بلکه به عنوان یک مال معین خارجی روی آن انشاء بیع یا عتق کرده و بعداً با مال خودش مصادف شده و تصادفاً روی مال خودش بوده، آیا همین مقدار کفایت می‌کند و جای قصد انشاء به مال خودش به عنوان مال خودش را می‌گیرد؟ یا این مقدار کافی نیست و حتماً باید بداند که مال خود او است و به عنوان مال خودش انشاء تملیک یا فک نماید؟ و مجرد مصادفت با واقع کافی نیست؟ اگر انشاء مزبور کفایت می‌کند پس باید در هر دو باب حکم به صحت و لزوم کرده و بگوئیم هم بیع کذائی صحیح است و هم عتق کذائی و اگر کفایت نمی‌کند باید در هر دو باب حکم به بطلان کرده و هر دو را از لزوم بلکه صحیح بودن بیندازیم، و اینکه بگوئیم: عتق باطل ولی بیع صحیح و لازم است تناقض گوئی است زیرا معنای بطلان بیع آن است که قصد انشاء مزبور کافی نیست و معنای لزوم بیع آن است که قصد مزبور کافی است و این دو متافیان هستند و جمعشان محال است.

حقّ آن است که: قصد انشاء اگر به مال معینی تعلّق بگیرد تا این اندازه ارزش دارد که انشاء مزبور را قابل تأثیر بکند و نیازی به علم به مال خودش بودن ندارد، ولی این

مقدار فقط صحت شأنی است و برای صحت فعلی و خروج مال از ملک طرف به مجرد انشاء کفایت نمی‌کند و باید اجازه هم بیاید، آنگاه اگر مورد، از باب عقود باشد که وقوف بردار هست و قابلیت دارد که اجازه بعدی بدان ملحق شود با آمدن اجازه صحت فعلی می‌آید، و اگر قابلیت ندارد و باید طیب نفس از اوّل باشد (مثل باب ایقاعات) در اینجا از اساس باطل است و اجازه لاحق هم کاری از پیش نمی‌برد.

قوله: ثم انه ظهر:

در موارد متعددی مالک اصلی حق دارد معامله را فسخ و ردّ کند و یا آن را امضاء و اجازه کند: یکی در معاملات و بیوع خیاری است که در مدت خیار، شخص ذی الخيار حق فسخ و امضاء دارد. و یکی در معاملات فضولی است که مالک اصلی حق دارد آن را اجازه یا ردّ کند.

و دیگری در مثل ما نحن فیه است که فروشنده خود مالک اصلی بود ولی حین البیع خیال می‌کرد مالک نیست و لذا به عنوان اینکه مال خود اوست راضی نبود و بعداً معلوم شد که مالک است باز اختیار اجازه و ردّ دارد حال آیا این حقّی که مالک اصلی پس از علم و اطلاع دارد از مصادیق اجازه در بیع فضولی است؟ یا از باب حقّ الخيار در بیع خیاری است. دو مسلک وجود دارد:

۱- شیخ اعظم می‌فرماید: از مطالبی که در مقام ثانی در رابطه با وقوف این بیع بر اجازه ذکر کردیم (که عموماً طیب نفس و قاعده سلطنت و تجارت عن تراض و... بود با بیانی که گذشت که طیب نفس مالک بما هو مالک...) به این نتیجه می‌رسیم که: حقّ ردّ یا امضاء از باب اجازه است نه از باب اختیار فسخ.

قوله: فعقد:

این فراز در واقع ثمره نزاع مزبور و متفرع بر آن است: اگر از باب اجازه باشد باید گفت: عقد مالک واقعی از اصل و حدوداً متزلزل و مراعی است و تا اجازه و طیب نفس به عنوان مال خودش نیاید هیچ حکمی ندارد، ولی اگر از باب حقّ الخيار باشد باید گفت: عقد مزبور حدوداً محقق شده و بقائاً متزلزل است اگر اِعمال اختیار کرد و امضاء کرد مستقرّ می‌شود و گرنه مرتفع می‌شود.

۲- برخی از قریب العصرها (محقق تستری^۱) و به تبع ایشان بعضی معاصرین (صاحب جواهر^۲) فرموده‌اند: حق مزبور از باب حق الخيار است و معامله مزبور بقائاً متزلزل است نه حدوداً، و دلیل این بعضی هم قانون لاضرر است که وی خبر نداشته که مالک واقعی بوده و لذا فروخته و خود این نوعی ضرر است (شاید ضرر مالی باشد به این معنی که چون خیال می‌کرد مال دیگری است لذا ارزان فروخته و مغرور و مغبون شده و خيار غبن دارد، و شاید ضرر غیر مالی باشد که ناگهانه اقدام کرده و سلطنت خود را از بین برده است و این نوعی ضرر است که اعم از نقص در مال یا جان یا آبرو است. و از کلمات بعدی همین معنی مستفاد است). و به حکم نفی ضرر، چنین ضرری مرتفع شده و جبران آن به اختیار فسخ و امضاء است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این نظریه صحیح نیست زیرا حق الخيار فرع بر انتقال ملک به طرف است (البته بنابر مشهور نه بر مسلک شیخ طوسی که تا مدت خيار منقضی نشود قائل به ملک نیست) و در تعریف حق الخيار گفته‌اند: ملک فسخ عقد و ازاله بقاء آنست، پس باید عقدی محقق شده باشد و ملکیتی آمده باشد و ما از بقاء و استمرار آن جلوگیری کنیم، و مکرر دانستیم که انتقال هم در گرو طیب نفس است و در ما نحن فیه طیب نفس معتبر (از مالک به عنوان مال خودش) نبوده تا انتقالی حاصل شود، پس حدوداً متزلزل است.

و اما مسأله لاضرر که آوردید: ضرری که در ما نحن فیه مطرح است ضرر مالی نیست که مربوط به عوض یا معوض باشد (یعنی مثلاً مبيع معیوبی را خریده و حکم به لزوم موجب ضرر است و به حکم لا ضرر دفع می‌شود، یا جنسی را گران خریده و مشتری مغبون شده یا ارزان فروخته و بایع مغبون شده و حکم به لزوم موجب ضرر است و با قانون نفی ضرر مرتفع و مندفع می‌شود). بلکه ضرر مربوط به جهالت است منتهی جهل به انتقال دو گونه است: گاهی جاهل به اصل انتقال است و اساساً روحش خبر ندارد که مال او را به دیگری فروخته‌اند (در فضولی متعارف) و بعداً مطلع می‌شود و حق اجازه و ردّ دارد. و گاهی از نقل و انتقال با خبر است و اساساً خودش این کار را کرده (در ما نحن فیه) ولی از اینکه نقل و انتقال به مال خود او تعلق گرفته و مال خودش را

فروخته بى خبر است و آن ضررى كه صحت معامله را موقوف بر اجازه مى كند همين ضرر است يعنى چون جاهل بوده و طيب نفس به انتقال مال خودش نداشته، ناچار بايد بعداً اجازه كند تا جلوى سلطنت او گرفته نشود و از اين بابت وى متضرر نشود. (و ثمرات اينكه از باب اجازه يا حق الخيار باشد را در تنبيهات اجازه آورديم.)

قوله: ثم ان الحكم:

در باب بيع فضولى دو مسلک بود:

١- مشهور فتوى به صحت دادند

٢- و عده‌اى فتوى به بطلان، حال آيا صحت معامله در ما نحن فيه (مال خودش را فروخته ولى خيال مى كرد مال ديگرى است...) منوط به صحت معامله در بيع فضولى است بگونه ايكه اگر در آنجا فتوى به صحت داديم، در اينجا هم فتوى به صحت دهيم و اگر در آنجا قائل به بطلان شديم در اينجا هم قابل به بطلان شويم؟ يا مبتنى بر آن نيست و حتى بنابر قول به بطلان معامله فضولى هم اين معامله صحيح است؟

مرحوم شيخ سر بسته مى فرمايد: خير، حكم به صحت در اينجا مبتنى بر حكم به صحت در بيع فضولى نيست، بلكه بنابر قول به بطلان هم، جارى است و سپس يك استثناء مى زنند، ولى براى تكميل بحث چنين محاسبه مى كنيم: ادله بطلان بيع فضولى عبارت شد از ادله اربعه (كتاب، سنت، اجماع، عقل) و هر کدام را جداگانه مى آزمائيم: دليل اول: آيه تجارت بود كه به قول مستدل، دلالت داشت بر مقارنت طيب نفس و اينكه بايد طيب نفس مقرون به عقد باشد و در بيع فضولى اين شرط نيست پس باطل است. اگر مستند بطلان اين دليل باشد بايد در ما نحن فيه هم حكم به بطلان كرد، چون طيب نفس مالك به عنوان مال خودش، از اول نبوده و بعداً آمده، ولى ما قبلاً از اين دليل جواب داديم و ثابت كرديم كه مقارنت طيب نفس لازم نيست و طيب نفس متأخر هم كفايت مى كند.

دليل دوم: روايات ناهيه بود كه مى گفت: لا تبع ما ليس عندك... اگر مستند بطلان اين اخبار باشد اينها در ما نحن فيه جارى نيستند، زيرا فروشنده مالك واقعى است و بيع او بيع ما ليس عنده نيست. پس ولو بيع فضولى را باطل بدانيم، دليل بر بطلان بيع در ما نحن فيه نيست.

دلیل سوّم: اجماع بود، این نیز در ما نحن فیه نمی آید، زیرا دیدیم که مشهور فتوی به صحت داده بودند.

دلیل چهارم: حکم عقل به قبیح تصرّف در مال غیر بود که از این راه به حرمت و از آن راه به فساد منتقل شدند و اگر مستند بطلان بیع فضولی این دلیل باشد، در ما نحن فیه هم جاری است زیرا که: بایع گرچه مالک واقعی است ولی به اعتقاد خودش مال غیر را می فروشد و به اعتقاد خودش، تصرّف مزبور در مال غیر بدون اذن غیر و قبیح است (البته از باب تجرّی نه قبیح واقعی) و همان بیان در اینجا هم می آید. ولی خوشبختانه سابقاً به پنج بیان از دلیل عقلی بر بطلان هم جواب داده و آن را ردّ کردیم. پس مسأله ما مبتنی بر آن مسأله نیست و اصولاً اینجا فضولی صوری است نه واقعی.

صورت چهارم: صورت چهارم از چهار صورت مسأله سوّم آن است که: متاعی را برای خودش می فروشد ولی به خیال اینکه مال دیگری است و وی غصب کرده و می فروشد، و بعداً معلوم می شود که: مال خودش بوده و ملک واقعی خود را فروخته است، چنین معامله ای چه حکمی دارد؟

می فرماید: از نظر حکم به صحت، این صورت مثل صورت سوّم است و دلیل صحت همان است. و از نظر وقوف بر اجازه نیز ادله لزوم اجازه همان ادله است و با اجازه بعدی صحیح و لازم می شود. البته در این صورت چهارم وجهی برای عدم وقوف بر اجازه می توان آورد که در صورت سوّم نبود، و آن اینکه: در صورت سوّم مالکیت واقعی و ادعائی تطابق نداشت و مقصود و منکشف هماهنگ نبود، مقصود، دیگری بود ولی منکشف مالکیت خودش بود، اما در صورت چهارم اینها تطابق کامل دارند و قصد تملیک برای خودش بوده و مالک واقعی هم خودش بوده و لذا چه بسا اجازه هم لازم ندارد. و لذا جناب محقق تستری که در صورت سوّم فتوی به حق الخيار داد در اینجا لزوم را تقویت کرده و فرموده: نیازی به اجازه نیست^۱.

الكلام فى المجاز

در مورد اجازه به ترتيب سه مبحث مطرح است:

١- سخن در شروط و احكام خود اجازه (در اين بخش مسأله كاشفیت و ناقلیت، ثمرات كشف و نقل، تنبيهات مسأله ذكر شد)

٢- سخن در احكام و شروط شخص مجيز (اين بخش هم سه مسأله عمده داشت كه تا به حال بررسی شد.)

٣- سخن در احكام و شروط عقد مجاز، كه فعلاً مورد بحث است. و برای اینکه مبحث مذکور به نحو مستوفا و مستقصا انجام بگیرد، سه امر لازم است:

امر اول: عقود و از جمله بيع دارای سه دسته شرایط می باشد.

١- شروط صیغه (عربیت، ماضویت، موالات، ترتیب، تطابق، تنجیز و...)

٢- شروط متعاقدين (عقل، بلوغ، قصد، اختیار، حریت، مالک یا مأذون بودن و...)

٣- شروط عوضین (مالیت، ملکیت، معلومیت عوضین، قدرت بر تسلیم، اسلام مشتری فى الجملة و...)

حال اگر عقد بيع از دو مالک یا دو مأذون صادر شود باید در حال عقد و انشاء کلیه شروط مذکور موجود باشد، ولی سخن در صدور عقد از فضولى است، در عقد فضولى هم شروط صیغه قطعاً باید باشد و کسی را در آن بحثی نیست، شروط متعاقدين هم قطعاً باید باشد و گرنه عقد مزبور، قابل لحوق اجازه نخواهد بود، البته فقط رضایت و طیب نفس مالک مستثنا است زیرا اگر اینهم در حال عقد باشد که فضولى نخواهد بود و سالبه به انتفاء موضوع می شود، ولی سایر شروط متعاقدين باید باشد، آنما الکلام در این است که: آیا شروط عوضین هم در حال عقد باید موجود باشد؟ مثلاً معلومیت عوضین هم لازم است و اگر فضولى صبره‌ای از گندم را فروخت و علم به مقدار و اندازه آن نداشت و حین العقد نمی دانست که چند پیمانه است، باطل است؟ یا علم مذکور از فضولى لازم نیست و در حال اجازه و از طرف مجیز که معلوم باشد کافی است؟ یا مثلاً قدرت بر تسلیم لازم است یا نه؟ اسلام مشتری قرآن و عبد مسلم لازم است یا نه؟ طهارت مبيع لازم است یا نه؟ مالیت آن در حال عقد لازم است یا نه؟ و... چند احتمال مطرح است:

۱- در عقد فضولی نه شروط متعاقدين معتبر است و نه شرایط عوضين، و در حال عقد وجود هیچکدام از آنها شرط نیست. این احتمال قطعاً باطل است و احدی بدان تفوه نکرده است.

۲- در عقد فضولی در حال انشاء هم شروط متعاقدين به استثنای رضایت مالک باید باشد و هم شروط عوضين، و رأی مرحوم شيخ همین است و لذا می فرماید: الاول یشرط فيه كونه جامعاً و... .

۳- در عقد فضولی فقط شروط متعاقدين که در فضولی و اصیل باشد کافی است و شروط عوضين در حال انشاء نه در طرف فضولی و نه اصیل لازم نیست مرحوم شيخ می فرماید: این مقدار کفایت نمی کند و باید شروط عوضين هم باشد، دلیل ایشان در ادامه خواهد آمد.

۴- در عقد فضولی نسبت به طرف فضولی شروط عوضين معتبر نیست ولی نسبت به طرف اصیل مطلقاً معتبر است چه اجازه بعدی را کاشفه بدانیم و چه ناقله، به این دلیل که هر کجا عقدی با اذن سابق تام و مؤثر است با اجازه لاحق هم تمام و مؤثر است و آن فرض وجود شرایط مزبور است که در حق اصیل باید مراعات شود.

۵- در طرف فضولی وجود شروط عوضين معتبر نیست ولی در طرف اصیل بنابر قول به کاشفیت اجازه، معتبر است به این دلیل که علی الکشف معامله از اول از طرف اصیل لازم است و باید بدان وفا کند و وجوب وفا در فرضی است که عقد از طرف او جامع جمیع شروط صحت باشد، وگرنه وجوب وفا نخواهد داشت.

قوله: و ذلک:

(مرحوم شهیدی این را علت برای لتوقف تاثیر... گرفته^۱ و مرحوم سیّد آن را علت برای لایکفی دانسته^۲ ولی حق این است که: این فراز علت اصل مدعای مرحوم شيخ است که فرمود: یشرط فيه كونه جامعاً لجمیع الشروط... و وقتی این مدعا مدلل شد احتمالات بعدی هم ابطال می شود و نیازی به بیان جدا ندارد.) دلیل بر اشتراط جمیع شروط در حال عقد این است که: عقدی که فضولی با اصیل انشاء کرده اند از دو حال خارج نیست:

۲. حاشية السيّد علی المکاسب، ص ۱۷۰.

۱. هداية الطالب، ص ۳۰۳.

١- یا تمام السبب برای نقل و انتقال و ملکیت است که این دو بخش دارد:

الف: اجازه کاشفه باشد. ب: اجازه ناقله باشد ولی شرط باشد نه جزء

در هر صورت عقد سبب و مقتضی برای ملکیت است و عقد هم با شروط مزبور تأثیر می‌کند نه بدون آن، پس باید شروط مذکور کلاً در عقد باشد.

٢- و یا جزء سبب است و جزء دیگر اجازه است (بنابر ناقلیت و جزء بودن اجازه نه شرط بودن آن) که باز هم باید کلیه شروط در حال عقد موجود باشد به این دلیل که: اگر سببی مرکب از دو جزء بود باید شروط معتبر در آن سبب از اول شروع عقد موجود باشد نه این که در اثناء و بعداً بیاید.

قوله: ولهذا:

شاهدی است برای همین فرض دوم که از انشاء دو مالک می‌آورند و آن اینکه: در مورد دو اصیل هم باید از اول ایجاب تا آخر قبول شروط صحّت عقد باشد و از جمله شروط، علم به عوضین است، پس اگر در حال ایجاب موجب، قابل جاهل به عوضین یا احد هما باشد ولی در حال قبول عالم شده و عالماً قبول را انشاء کند کفایت نمی‌کند و ایجاب مزبور جایز و نافذ نیست. هکذا در ما نحن فیه که عقد فضولی است و اجازه جزء سبب است و به منزله انشاء دو اصیل است و باید از بدو شروع در جزء اول یعنی خود عقد، شرطهای معتبر باشد.

قوله: بل:

بلکه حتی اگر در شاهد مثال مذکور بگوییم: ایجاب در حال جهل قابل به عوضین، نافذ است ولی در ما نحن فیه یعنی عقد فضولی، انشاء عقد با جهل فضولی یا طرفین به عوضین صحیح نیست، زیرا اجازه را اگر کاشفه بدانیم که سبب تامّ خود عقد است و از اول در واقع تأثیر و نقل و انتقال بوده و تا جامع شروط نباشد تأثیری نیست. و اگر ناقله بدانیم و مبنای شرطیت را اختیار کنیم (کما هو الاقوی) باز مقتضی و سبب خود عقد است و وقتی می‌گوییم: شروط مزبور شروط عقد است یعنی شرط خود عقد است نه اینکه شرط شرط عقد (اجازه) باشد. و اگر مبنای جزئیت را اختیار کنیم، باز معنای جزئیت اجازه آن است که اجازه جزء عقد مؤثر است یعنی در ترتّب اثر شرعاً دخیل است نه اینکه جزء اصل عقد و انشاء باشد و بدون آن انشاء صحیح نباشد، آنگاه کلّ

اَدَله‌ای که (از نصوص و اجماعات) شروطی را در بیع معتبر می‌کنند ظهور دارند در اعتبار این شروط در اصل انشاء نقل و انتقال به سبب عقد، نه در اعتبار این شروط در لزوم عقد و ترتب اثر شرعی بر آن، پس باید شروط مزبور از اوّل و از زمان عقد باشد.

قوله: نعم:

شروط عوضین را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱- شروطی که در اصل انشاء معتبر هستند و اَدَله اعتبار آن شروط، آنها را در اصل صحّت انشاء معتبر کرده مثل مالیت عوضین، علم به عوضین و... که در اصل عقد معتبر هستند.

۲- شروطی که در اصل انشاء دخیل نیستند، بلکه در لزوم عقد و ترتب اثر شرعی بر آن معتبر هستند، اینها را می‌توان گفت که در حال عقد لازم نیست و در حال اجازه که باشد کافی است، زیرا ترتب اثر بعد از اجازه و بدنبال آن است. و شاید مسأله قدرت بر تسلیم از این قبیل باشد که شرط ترتب اثر شرعی است و در حال اجازه که مجیز قادر بر تسلیم باشد کافی است و بیش از آن لازم نیست. و نیز اگر فضولی مصحفی را به کافری فروخته یا عبد مسلمی را فروخته و در حال شراء مشتری کافر است ولی در حال اجازه مسلمان شده همین کافی است و اسلام مشتری هم شرط ترتب اثر است نه شرط اصل انشاء.

قوله: ثمّ هل:

به عقیده ما شروط متعاقدين و عوضین (آندسته که در اصل انشاء معتبر بودند) در حال عقد باید باشد و گرنه عقد فضولی صحیح نیست، حال سؤال این است: آیا لازم است که شروط مزبور از حال عقد فضولی تا زمان اجازه مالک اصلی باقی و مستمر باشند؟ یا لازم نیست؟

مرحوم شیخ تفصیل داده می‌فرمایند: اما شروط متعاقدين در حال عقد که باشند کافی است و بقاء متعاقدين بر شرائط مزبور تا زمان اجازه معتبر نیست (مثلاً اگر بعد از عقد یکی از متعاقدين مجنون شد یا مرد معامله باطل نمی‌شود). زیرا اگر اجازه را کاشفه بدانیم که پرواضح است: اما اصیل که از طرف او عقد از اوّل صحیح و لازم شد و حقّ فسخ ندارد و لو بعداً بمیرد هم لطمه‌ای به عقد وارد نمی‌شود، و اما فضولی هم به مجرد

انشاء عقد به کلی از معامله اجنبی و بیگانه است و بقاء او بر شروط معتبر نیست. و اگر ناقله هم بدانیم باز علی التحقیق اجازه شرط است و اما سبب و مقتضی و مؤثر خود عقد است که آن هم واجد شرایط بوده و بیش از آن لازم نیست.

(آری اگر اجازه سبب باشد آن هم جزء سبب برای اصل عقد و انشاء حق این است که از اوّل تا زمان اجازه شروط مزبور باقی باشد، شبیه بقاء آنها از آغاز ایجاب تا انجام قبول و اگر جزء سبب برای ترتب اثر شرعی باشد باز بقاء لازم نیست.)

و باز آری اگر کسی اجازه را بیع مستأنف و جدیدی بداند که قائم مقام ایجاب و قبول هر دو باشد، در حال اجازه هم باید مجیز و اصیل باقی بر شروط متعاقدین باشند، چون عقد جدید است. ولی این مبنا باطل است.

و اما شروط عوضین: اگر اجازه را ناقله بدانیم بقاء آنها تا زمان اجازه لازم است، زیرا الان و با اجازه نقل و انتقال می آید پس الان باید مالیت باقی و بر قرار باشد (پس اگر در حال عقد فضولی این مایع پاک بود و مالیت داشت ولی در حال اجازه نجس شده، یا سرکه بود و حالا خمر شده و از مالیت افتاده معامله باطل است). ولی اگر اجازه را کاشفه بدانیم دو وجه پدید می آید (منشأ دو وجه ظهور ادله اشتراط مالیت و... است در بقاء و استمرار یا عدم ظهور آنها، اگر ظهور در استمرار داشتند، بقاء معتبر است و الا فلا) مرحوم شیخ می فرماید: اعتبار بقاء شروط عوضین تا زمان اجازه بنابر کاشفیت اجازه هم مثل فرض ناقلیت بعید نیست. (ظاهر این جمله آن است که: ایشان ظهور ادله را در استمرار تقویت می کنند در حالی که سابقاً در بیان ثمرات کشف و نقل با صاحب جواهر مخالفت کرده و منکر ظهور در استمرار شدند.)

امر دوم: عقد مُجَاز (عقد فضولی که بعداً از سوی مالک اصلی یعنی مُجیز، امضاء و اجازه می شود و عقد مُجَاز نامیده می شود.) گاهی برای شخص مُجیز معلوم بالتفصیل است یعنی دقیقاً می داند که چه کسی عقد خوانده، چه نوع عقد خوانده، بر چه مالی از اموال او عقد خوانده، به چه ثمن و قیمتی عقد خوانده است، تمام این ها برای مالک اصلی معلوم و مشخص است. و گاهی عقد مزبور در نزد مُجیز معلوم بالاجمال است یعنی اجمالاً می داند که عقدی خوانده شده ولی جنس عقد نزد وی معین نیست، مثلاً می داند که بر جاریه او عقدی فضولی انشاء شده ولی نمی داند که عقد نکاح است یا عقد

بیع؟ یا جنس عقد را می‌داند که مثلاً بیع است ولی بیع انواع و اقسامی دارد و نمی‌داند که کدام قسم از بیع انشاء شده، یا می‌داند که عقد صلح اجراء شده ولی کدام نوع از صلح است معلوم نیست، یا از ناحیهٔ مَثْمَن گیر دارد و نمی‌داند که به چه مبلغی کتابش را فروخته‌اند؟ و بالجمله عقد فضولی از جمیع جهات معتبر و لازم، نزد مُجِيز مشخص نیست بلکه از بعضی جهات معلوم است. حال سؤال این است که: اگر بخواهد اجازهٔ مالک اصلی یا مجیز نافذ و مؤثر باشد، آیا شرط است که عقد مُجاز برای مُجِيز معلوم بالتفصیل باشد؟ یا معلوم بالاجمال هم که باشد کفایت می‌کند؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: در این مورد دو وجه (احتمال دارای دلیل) وجود دارد:

۱- قوله: من کون:

علم اجمالی کفایت می‌کند و علم تفصیلی لازم نیست، به این دلیل که: اجازهٔ لاحق از اذن سابق که بالاتر نیست بلکه فرع او است و قائم مقام او است و اصل، اذن سابق و طیب نفس متقدّم است ولی اگر تقدّم و مقارنتی نبود لااقل باید اجازهٔ لاحق بیاید، حال که اجازه مثل اذن سابق است و حکم او را دارد، می‌گوییم: در اذن سابق تعیین متعلّق و معلوم تفصیلی بودن آن لازم نیست یعنی لزومی ندارد که موکّل در مقام اذن و توکیل همهٔ جهات را مشخصاً در متن عقد توکیل بیاورد و وکیل که قبول وکالت می‌کند از آن جهات آگاهی کامل داشته باشد، بلکه کافی است که یک آگاهی اجمالی داشته باشد یعنی مثلاً بداند که زید او را در فروختن فلان اتومبیل وکیل کرده، امّا اینکه به چه کسی بفروشد، چه نوع بیعی باشد (نقد، نسیه و...) به چه قیمتی بفروشد و...، دانستن اینها در متن عقد توکیل لزومی ندارد. و وقتی در اذن سابق علم تفصیلی معتبر نبود پس در اجازهٔ لاحق هم مثل اذن سابق، علم تفصیلی معتبر نیست و یا به طریق اولی معتبر نیست.

قوله: الا اذا:

در اذن سابق دانستن همهٔ جهات و خصوصیات لازم نبود و علم اجمالی هم کفایت کرد، امّا یک شرط دارد و آن اینکه: اجمال و ابهام به درجه‌ای نرسید که قبیح و مستهجن و مُضحک باشد، که اگر به این مرتبه رسید مُخَلّ و قاذح است، مثلاً اگر بگوید: من تو را بر یک کاری در عالم وکیل کردم، یا بر یک بیعی در مدّت عمرم وکیل کردم و... این مقدار

كافى نيست و وكالت آور نيست. ولى بحث در جائى است كه از جهات فراوانى مالک مجيز يا وكيل آگاهى دارند و از بعضى جهات هم ندارند، و اينها قاذح نيست.

۲- قوله: و من ان:

علم اجمالى كافى نيست و علم تفصيلى لازم است، به دليل اينكه: اجازه در عقد فضولى به حسب واقع يكي از دو ركن عقد است (صغرى) و دليل ركنيت هم آن است كه تا اجازه نيامده معاهده حقيقى هم ميان دو مالک محقق نشده و وجوب وفائى در ميان نيست پسر بايد اجازه بيايد. (اگر بايع، فضولى بوده اجازه به منزله ايجاب است و اگر مشتری، فضولى بوده اجازه به منزله قبول است.) و كبرای كلّى هم اين است كه: در عقد دو اصیل و دو مالک بايد همه جهات از اول تا آخر ايجاب و قبول، مشخص باشد و اينكه قابل نداند كه موجب چه گفت و چه نوع عقدى را انشاء كرد، و صرفاً به نحو مجمل بداند كه ايجابى انشاء شد، كفايت نمى كند، پس در ما نحن فيه هم علم اجمالى كافى نيست و بايد علم تفصيلى باشد.

[دو نكته: الف: مرحوم شيخ از دو وجه مذکور هيچكدام را اختيار نمى كنند. ب: بحثى كه در امر ثانى تا به حال مطرح شد به دو شكل قابل عرضه است: ۱- آيا مالک مجيز بايد علم تفصيلى داشته باشد يا علم اجمالى هم كافى است؟ طبق اين عنوان، بحث با مباحث شخص مجيز تناسب دارد و از احكام آن باب است ۲- آيا عقد مجاز بايد معلوم بالتفصيل باشد يا معلوم بالاجمال هم كفايت مى كند؟ در متن، اين عنوان آمده و طبق اين از مباحث عقد مجاز است و مستقيماً با اين بحث تناسب دارد.]

قوله: و من هنا:

تا به حال فرض بحث در جائى بود كه مجيز علم به اصل وقوع عقد فضولى داشت (اجمالى يا تفصيلى) ولى حالا اگر وى از اصل عقد خبر ندارد و نمى داند كه عقدى واقع شده و صرفاً احتمال وقوع مى دهد، در اين جا اجازه تنجيزى ممكن نيست و نمى تواند بگويد: امضيّ العقد، چون مى گوييم: تواز كجا مى داني كه عقدى وجود دارد كه امضاء مى كنى؟ ولى آيا اجازه تعليقى به اينكه بگويد: اگر عقدى واقع شده من اجازه مى كنم صحيح است؟ مرحوم شيخ مى فرمايد: از مطالبى كه در وجه ثانى گفته آمد كه اجازه يكي از دو ركن عقد است به اين نتيجه مى رسيم كه: به احتمال قوى بايد علم به وقوع عقد

داشته باشد تا بتواند اجازه کند، و مجرد احتمال و شک و سپس اجازه تعلیقی دادن کافی نیست حتی اگر مصادف با واقع در آید و بعداً معلوم شود که واقعاً هم عقدی بوده ولی کافی نیست. دلیل مطلب آن است که: اجازه گرچه مستقیماً از عقود نیست (که خود، عقد جدیدی و مستأفی باشد) و در معقد اجماع فقهاء که بالاجماع تعلیق را در عقود، مضر و مبطل می دانند. داخل نیست، ولی در معنای عقود و در حکم آنها و به منزله آنها که هست (اجازه به منزله ایجاب یا قبول است) و همین مقدار کافی است که محکوم به احکام عقود باشد و تعلیق در آن قاذح باشد.

قوله: ولذا:

دلیل بر اینکه اجازه در معنای عقود و به منزله آنها می باشد، این است که: از طرفی تا اجازه مالک نیاید وجوب وفائی هم نیست، با آمدن اجازه اوفوا بالعقود می آید. و از طرف دیگر مضمون اوفوا بالعقود هم این است که ای کسانی که عاقد هستید بر شما واجب است که به عقدتان وفا در باشید، پس با آمدن اجازه بر مجیز عنوان عاقد یا به منزله عاقد صدق می کند، پس محکوم به احکام عاقد است و تعلیق بردار نیست.

قوله: فتأمل:

اشاره به این است که: تنها دلیل لزوم تنجیز و نبود تعلیق در عقود، مسأله اجماع بود، و اجماع دلیل لبی است و باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و قدر متیقن خود عقود است که نباید معلق باشند و اما چیزهایی که در معنای عقود هستند (مثل اجازه) مشمول اجماع نیستند، پس دلیلی بر قدح تعلیق در آنها نداریم و بر فرض شک در اشتراط تنجیز، از اصل عدم اشتراط استفاده می کنیم پس اجازه تعلیقی بلامانع است.

امر سوم: آنچه تا به حال از آغاز بیع فضولی بحث کردیم تماماً مربوط به یک عقد فضولی بود که بر مال مالک اصلی واقع می شد و بعد هم مالک آن را رد یا امضاء می کرد، و اینک سخن در ترتب عقود مختلف و متعدد بر مال مجیز است، یعنی چندین عقد فضولی بر خود مال مالک یا بر أعواض آن منعقد شده است و می خواهیم احکام اینها را روشن کنیم، در این رابطه نخست صور گوناگون مسأله را عنوان می کنیم، سپس مثال جامع الاطرافی می زنیم، و سپس می پردازیم به بیان احکام شرعی صور مزبور.

اما صور مسأله: در مجموع دوازده صورت متصور است، به این بیان: عقدی را که

بعداً مالک اصلی و مُجیز اجازه می‌کند یا عقدی است که مستقیماً بر خود مال مُجیز یا مالک اصلی واقع شده و یا عقدی است که بر عوض مالِ مُجیز واقع شده (عوض هم خصوص عوض مستقیم و بلاواسطه نیست بلکه اعمّ است از عوضِ اوّل و بلاواسطه یا عوض مع الواسطه که عوض العوض باشد و یا مع الوسائط که عوض عوضِ عوض باشد و بعداً در مثال واضحتر خواهد شود.) و در هر یک از دو صورت مزبور یا عقد مجاز اوّلین عقد فضولی است که بر خود مالِ غیر یا عوض مال غیر، واقع شده و یا آخرین عقد کذائی است و یا عقد وسطی است که سابق و لاحق دارد. (چون این مطلب مسلّم است که مالک اصلی حق دارد هر کدام از بیوع و عقود مزبور را اجازه کند.) در مجموع شش صورت پدید می‌آید:

- ۱- عقد مُجاز اوّلین عقدی باشد که بر خود مال مُجیز واقع شده
- ۲- عقد مُجاز اوّلین عقدی باشد که بر عوض مال مُجیز واقع شده
- ۳- عقد مُجاز آخرین عقدی باشد که بر نفس مال مُجیز واقع شده
- ۴- عقد مُجاز آخرین عقدی باشد که بر عوض مال مُجیز واقع شده
- ۵- عقد مُجاز عقد وسطی باشد که بر خود مالِ مُجیز واقع شده
- ۶- عقد مُجاز عقد وسطی باشد که بر عوض مالِ مُجیز واقع شده

از شش صورت مزبور دو صورت اخیر (۵ و ۶) هر کدام چهار صورت دارند:

- ۱- یا عقود سابق و لاحق بر این دو عقد وسط، همگی بر عین مالِ مجیز واقع

شده‌اند

- ۲- و یا همه آنها بر عوض و بدلِ مال مُجیز واقع شده‌اند
- ۳- و یا عقود سابق بر عین مال و عقود لاحق بر عوض مال واقع شده‌اند
- ۴- و یا به عکس فرض سوّم است که عقد سابق بر عوض و عقد لاحق بر خود مال واقع شده

حاصل‌ضرب دو قسم اخیر از شش صورت اوّل در این چهار فرض، هشت صورت است که با باقیمانده از شش صورت اوّل یعنی چهار صورت (۱ و ۲ و ۳ و ۴) مجموعاً دو از ده صورت درست می‌شود.

و اما مثال جامع مسأله: در این مثال هشت بیع مطرح شده که سه بیع اوّل مستقیماً بر

خود مالِ مُجیز واقع شده و دو بیع بعدی بر عوض مالِ مُجیز و دو قسم دیگر بر عوض عوض و قسم اخیر بر عوض عوض عوض:

- ۱- بایع فضولی عبد کسی را به دیگری فروخت و در مقابل اسبی را دریافت کرد.
- ۲- خریدار هم عبد را به شخص سومی فروخت و کتابی دریافت کرد.
- ۳- سومی هم عبد را به چهارمی فروخت و دیناری دریافت کرد.
- ۴- آنکه عبد را فروخته بود و اسبی دریافت کرده بود، اسب را که عوض عبد بود فروخت و درهمی دریافت کرد.
- ۵- و آنکه عبد را به چهارمی فروخته بود و دیناری گرفته بود، دینار را فروخت و جاریه‌ای را دریافت کرد.
- ۶- دوباره آنکه اسب را داده و درهمی گرفته بود، درهم را که عوض عوض عبد است (یعنی عوض اسب است که آنهم عوض عبد است) به قرص نانی فروخت.
- ۷- و مجدداً همان درهم به حماری فروخته شد که باز بیع عوض عوض است.
- ۸- و قرص نان هم در مقابل عسل فروخته شده که بیع عوض عوض عوض است یعنی قرص نان عوض درهمی است که درهم عوض اسب است که اسب عوض عبد است.

قوله: اما اجازة:

احکام شرعی صور مذکور: مرحوم شیخ در دو بخش این احکام را بیان می‌کنند:
بخش اول: عقد مجاز یکی از عقود باشد که بر خود مالِ مالک اصلی واقع شده (که در مثال مذکور سه بیع اول و دوم و سوم موردش نفس مالِ مُجیز بود) و این سه فرض دارد:

الف: عقد مجاز عقد سابق یعنی اولین عقد باشد یعنی مالک اصلی بیع عبد به فرس را امضاء کند، در اینجا نسبت به خود عقد مجاز معامله صحیح و لازم می‌گردد، و نسبت به دو معامله بعدی که آنها هم بر روی خود عبد انجام گرفته، مسأله منوط به کشف و نقل می‌گردد و اگر اجازة مالک اصلی نسبت به بیع اول را کاشفه بدانیم معنایش آن است که از همان اول وقوع بیع: مشتری که فرس داده بود، در واقع مالک عبد شده بود و بعداً که به دیگری در مقابل کتاب فروخته بود ملک خود را فروخته و آن دیگری هم که به چهارمی

در مقابلِ دینار فروخته او نیز مالک عبد بوده و ملک خود را فروخته است و هر سه معامله صحیح و لازم می‌شوند. ولی اگر اجازه ناقله باشد و از حالا اجازه که آمد مشتری مالک عبد شد و قبلاً مالک نبوده، مسأله در باب: «مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَ فَاجَازَهُ» داخل می‌شود، یعنی وقتی فروخت مالک نبوده و حالا با اجازه می‌خواهد مالک شود آنگاه اگر مالکیت در حال عقد را شرط دانستیم باید حکم به بطلان بیع دوّم و سوّم نمائیم، و اگر گفتیم: مالکیت در حال اجازه کافی است باید حکم به صحت کنیم و بگوییم: پس از اجازه مالک اصلی نسبت به بیع اوّل، مشتری هم باید بیع دوّم را امضاء کند و مشتری بعدی هم باید بیع سوّم را اجازه کند و اگر اجازه کردند صحیح و لازم می‌شوند.

و اما نسبت به عقودی که بر عوض مالِ مجیز واقع شده: اینکه با بیع فضولیِ سوّمی عبد را داد و دینار گرفت، و سپس دینار را به جاریه معامله کرد، حکمش حکم خود بیع عبد به دینار است که در بالا محاسبه شد، علی‌الکشف این هم صحیح است و علی‌النقل مبتنی بر مبانی‌ای است که ذکر شد. و اینکه فضولیِ اوّلی فرس را به درهم فروخته، پس از اجازه بیع اوّل از سوی مالک، وی مالکِ فرس می‌شود و مجدداً باید بیع فرس به درهم را اجازه کند، و به دنبال اجازه، مالک درهم می‌شود و دوباره باید بیع درهم به قرص نان را امضاء کند، و وقتی امضاء کرد آنکه قرص نان داده و درهم گرفته و با درهم حماری خریده در ملک خودش معامله کرده، و باز اینکه قرص نانِ مالک با عسل معامله شده نیازمند به اجازه جدید است.

ب: عقد مجاز عقد لاحق و آخرین عقدی باشد که بر اصل مال یعنی بر عبد واقع شده یعنی مالک اصلی بیع عبد به دینار را امضاء کند، در اینجا با اجازه کردن، عقد مجاز صحیح و لازم می‌گردد ولی دو عقد اوّل و دوّم که روی عبد واقع شده نسبت به مالکِ مُجیز فسخ محسوب می‌شوند زیرا مالک اصلی از آنها اعراض کرد و آنها را اجازه نکرد، آری نسبت به سوّمی که اجازه شد و وی مالکِ عبد گردید، دو بیع اوّل نسبت به او فضولی هستند و منوط به اجازه او است آن هم بنابر این که مالک بودن در حال عقد را شرط ندانیم بلکه مالکیت در حال اجازه هم کافی باشد برای تأثیر اجازه مُجیز.

و اما نسبت به عقودی که بر عوض واقع شده: این که خود این مشتری که عبد را داده و دینار گرفته و بیعش امضاء شد، خودش دوباره دینار را داده و جاریه گرفته این تابع

عقد مجاز است که علی‌الکشف ملک خود را فروخته و علی‌النقل مبتنی بر اشتراط مالکیت حین العقد و یا عدم اشتراط آن است.

و اما نسبت به عقود دیگر که: فرس به در هم فروخته شده و... ربطی به این مالک جدید عبد ندارد و جداگانه آنها بیع فضولی هستند و باید مالک اصلی فرس امضا کند، مالک اصلی در هم امضا کند، مالک اصلی قرص نان اجازه کند.

ج: مرحوم شیخ دو فرض الف و ب را محاسبه نکرده و این فرض سوم یعنی فرض «ج» را محاسبه کرده‌اند و آن این که: عقد مجاز عقد وسط باشد یعنی بیع عبد به کتاب را اجازه کند، در اینجا نسبت به عقود سابق بر این عقد (در مثال شیخ عقد سابق، بیع عبد به فرس است) معامله نسبت به مالک مجیز فسخ است چون وی از عقد اول اعراض کرد و عقد دوم را امضا کرد و دیگر نمی‌تواند اولی را هم امضا کند، یک میباید که دو ثمن ندارد. ولی نسبت به خود این مشتری که عبد را با کتاب خریده و بیعش امضاء شده معامله اولی فسخ نیست بلکه منوط به قابلیت اجازه او است، اگر مالکیت در حال عقد را شرط بدانیم، اجازه او نافذ نیست ولی اگر مالکیت در حال اجازه را کافی بدانیم، اجازه وی مؤثر است.

و نسبت به عقود لاحق یعنی بیع عبد به دینار، مسأله مبتنی بر کشف و نقل است: اگر اجازه مالک اصلی نسبت به بیع وسط را کاشفه بدانیم، پس مشتری در برابر کتابی که داد از اول مالک عبد شد و بعد که به دیگری فروخته به یک دینار ملک خود را فروخته و معامله صحیح و لازم است، و اگر ناقله بدانیم باز مبتنی بر اشتراط مالکیت در حال عقد و عدم اشتراط آن می‌شود که در فرض اشتراط، حق اجازه ندارد چون حین العقد مالک عبد نبوده، و در فرض عدم اشتراط، حق اجازه دارد.

و اما نسبت به عقود که بر عوضها انجام شده: اینکه مشتری عبد را به دیناری فروخت و سپس دینار را به جاریه معامله کرد، لزوم این بیع منوط به لزوم بیع عبد به دینار است که بر مبنای کشف و نقل محاسبه شد. و اما اینکه فضولی اول که عبد را به فرس فروخته بود و سپس فرس را به درهم و... ربطی به مالک اصلی یا مجیز ندارد، و مربوط به مالک اصلی فرس است که بیع فضولی مزبور را اجازه بکند یا نه و هکذا بدنبال آن، بیع درهم به نان و نان به عسل را.

قوله: واما اجازة العقد:

بخش دوم: عقد مجاز یکی از عقود باشد که بر عوض مال مالک واقع شده‌اند که در مثال اول مسأله، پنج بیع از هشت بیع بر عوض مال بود، در این جا هم سه فرض متصور است:

الف: عقد مجاز اولین عقدی باشد که بر عوض و بدل واقع می‌شود یعنی بیع فرس به درهم را امضا کند حکم این است که بیع با اجازه صحیح و لازم می‌شود، و لازمه‌اش آن است که بیع سابق بر آن یعنی بیع عبد به فرس هم امضاء شود زیرا مالک اصلی مستقیماً و بدون رضایت به بیع عبد به فرس، مالک فرس نیست تا بیع فرس به درهم را اجازه کند، پس اجازه لاحق مستلزم اجازه سابق هم هست (شبهه ذی الخيار در بیوع خیاری که به جای فسخ مستقیم، بیع را به دیگری می‌فروشد که لازمه آن فسخ بیع خیاری است وگرنه حق فروش ندارد، لایع الافی ملک) اما نسبت به عقود لاحق یعنی بیع درهم به قرص نان و... باید هر کدام جدا جدا اجازه شوند.

ب: عقد مجاز آخرین عقدی باشد که بر عوض واقع شده یعنی بیع نان به عسل، که اگر مالک اصلی این عقد را امضاء کرد مستلزم آن است که جمیع عقود قبلی را هم امضاء کند به همان دلیل که در فرض الف ذکر شد که وی مستقیماً مالک نان نیست تا بیع نان به عسل را امضاء کند پس برای صحت و تأثیر این اجازه ناچاریم بگوییم: پس بیع درهم به نان را هم امضاء کرده، بیع فرس به درهم هم امضاء شده، بیع عبد به فرس هم امضاء شد.

ج: باز دو فرض قبلی را مرحوم شیخ محاسبه نکرد و این فرض را محاسبه کرده‌اند که عقد مجاز یکی از عقود وسطی باشد که بر عوض مال مالک واقع شده که در مثال مذکور، اول عقدی که بر عوض واقع شده بیع فرس به درهم است و دومی بیع درهم به نان و سومی هم بیع همان درهم به حمار است و چهارمی بیع نان به عسل است، و وسطی بیع درهم به نان است که اگر مالک اصلی این عقد را امضاء کرد حکم آن است که همین عقد صحیح و لازم می‌شود و لازمه‌اش آن است که عقود سابق بر این عقد یعنی بیع فرس به درهم و بیع عبد به فرس هم امضاء شود و تمام این‌ها صحیح و لازم می‌شود، و بدنبال آن بیع درهم به حمار صحیح می‌شود زیرا وقتی بیع درهم به قرص نان صحیح

شد، مالک قرص نان، مالک درهم می شود و سپس درهم خود را به دیگری فروخته و در مقابل حمار گرفته، پس معامله اش صحیح است [لأنَّ المالك الاصيل اذا اجاز العقد الواقع على عوض العوض فكل بيع وقع بعده اصيح من مال المجاز و ملكه] البته همان مبنای کشف و نقل می آید.

و اما نسبت به عقودی که بر بدل مجاز (قرص نان) واقع شده که در مثال مفروض، یک عقد بود و آن بیع نان به عسل بود حکمش حکم عقدی است که ابتدا به ساکن بر خود مال مالک اصلی واقع شود یعنی منوط به اجازه مستقل است.

قوله: و ملخص ما ذکرنا:

در این فراز دو ضابطه برای ترتب عقود مختلفه بر مال مالک و عوض مال او ذکر می کند:

۱- ضابطه ای که مقبول جناب شیخ است: اگر عقود کثیره از اشخاص متعددی صادر شود (مثل عقودی که بر خود مال مالک اصلی واقع می شود که عبد مالک را اولی به دومی فروخته و دومی به سومی فروخته و سومی به چهارمی، که سه نفر روی مبیع واحد کار کردند.) حکم آن است که وقتی مالک اصلی یکی از این عقود را امضاء کرد (طبق محاسبه جناب شیخ عقد وسطی را اجازه کرد) عقودی که سابق بر آن بودند نسبت به این مالک فسخ حساب می شود و نسبت به خود این عقد و عقود لاحق اجازه و امضاء حساب می شود و همه لازم می شود البته بنابر کشف، و اما بنابر نقل هم مبنایی بود که مبسوطاً بیان شد.

و اگر عقود مختلفه از شخص واحد صورت بگیرد (مثل عقودی که بر عوض مال مالک انجام می گرفت که بایع فضولی اولی که عبد را به فرس فروخته بود، فرس را به درهم می فروخت، و دوباره درهم را به قرص نان و قرص نان را به عسل و...) مطلب بر عکس می شود یعنی حکم آن است که اگر عقد وسط را امضاء کرد همین عقد مجاز و عقود سابق بر آن صحیح و لازم می شوند، و نسبت به عقود بعدی جداگانه نیاز به اجازه و امضاء دارد.

۲- ضابطه ای که فخر الدین در ایضاح^۱ و شهید اول در دروس^۲ آورده اند: وقتی

عقود متعدّدی واقع شود حکم آن است که: اگر مالک مجیز یکی از عقودى را که بر مبيع واقع شده امضاء کرد همان عقد و عقود لاحق بر آن صحيح و لازم می شوند (البته على الكشف) و عقود قبلی باطل می شوند. (ملاحظه می کنید که در ظاهر این ضابطه سخن از اشخاص متعدّد نیست و سخن از عقود متعدّد بر مبيع است.) و اگر یکی از عقودى را که بر ثمن و عوض مال واقع شده امضاء کرد حکم این است که: همان عقد و عقود سابق بر آن صحيح و لازم می شوند و عقود لاحق مستقلاً نیازمند به اجازه است. (باز سخن از عقود کثیره بر عوض است و سخن از شخص واحد نیست.)

مرحوم شیخ می فرماید: شاید منظور این دو بزرگوار همان باشد که ما گفتیم، یعنی عقود متعدّدی که بر مبيع واقع می شوند و از اشخاص متعدّد صادر می شوند، زیرا که عقود کثیره‌ای که بر مبيع مترتب می شوند همیشه از اشخاص کثیره هستند (البته نوعاً چنین است ولی گاهی هم ممکن است از شخص واحد صادر شوند مثل اینکه کلاه برداری یک زمین مشخصی را که ملک زید است، فضولاً به بکر فروخته و مبلغی گرفته، مجدداً همان زمین را به خالد فروخته و بار سوّم به حسن فروخته و... پس این که فرمودید: عقود کثیره بر مبيع الا و لابد از اشخاص کثیره است مناقشه دارد، پس ضابطه این دو بزرگوار به ضابطه شما بر نمی گردد.)

و اما عقود مختلفی که بر ثمن واقع می شود دو فرض دارد:

۱- ثمن معین شخصی (مثلاً فرس) چند بار مورد معامله واقع می شود (یعنی فضولی اوّل فرس را به درهم فروخت، و همان فضولی یا فضولی دیگر فرس را به کتاب فروخت، و همان کس یا سوّمی فرس را به عبا فروخت و... که همه جا سخن از فرس است.)

۲- ثمن‌های گوناگون در معاملات متعدّد مطرح است (فرس را به درهم فروخت، درهم را به نان، نان را به عسل، که یک جا ثمن فرس است. جای دیگر درهم و جای سوّم نان و...)

منظور آندو بزرگوار فرض اوّل نیست، چرا که فرض اوّل حکمش حکم عقود متعدّدی است که بر مبيع واقع می شود زیرا فرس گرچه در اوّلین معامله ثمن بود ولی در معاملات بعدی مثنی و معوض است و مالک اصلی حق دارد هر کدام را خواست امضاء

کند، بلکه مرادشان فرض دوّم است که نامش را ترامیِ آثمان در عقود متعدّد می‌گذارند یعنی ثمن در هر یبعی مثنی در بیع دوّم واقع شده که همهّ اینها هم از یک نفر صادر می‌شود (پس منظور این‌ها هم همان ضابطهّ ما است) و از قضا شهید ثانی^۱ و محقّق ثانی^۲ تصریح کرده‌اند که مراد ترامیِ آثمان است.

قوله: وقد علم:

حال که سخن از ترامیِ ائمان و عوضهای مختلف مطرح شد: معلوم می‌شود که در اوّل امر ثالث که گفتیم: عقد بر عوض مال واقع شده مراد عوض شخص و عوض مستقیم (مثلاً فرس) نیست بلکه اعمّ از عوض بلاواسطه و عوض مع الواسطه اوالوسائط است یعنی عوض، عوض عوض، عوض عوض عوض و... را شامل است.

قوله: ثمّ انّ هنا:

اصل مسأله عبارت بود از: ترتّب عقود متعدّد بر مالِ مالک (خود مال یا عوض آن) و حکم مسأله هم عبارت شد از: جواز تتبّع عقود کثیره یعنی مالک اصلی حق دارد یکایک عقود مزبور را تتبّع کرده و ببیند کدام اصلح و انفع و ازبّخ است و هر کدام را مناسبتر تشخیص داد همان را امضا کند، آنگاه فروض مختلفی تصویر شد که: گاهی عقد مجاز عقد بر اصل مال است و گاهی بر عوض مال و در هر کدام گاهی اوّلین عقد را اجازه می‌کند و گاهی آخرین عقد را و گاهی عقدی از عقود وسط را و...

حال سخن در بیان یک اشکال است و آن اینکه: گاهی مشتریِ اصیل که اقدام کرده و با بایع فضولی معامله می‌کند اصلاً خبر ندارد که وی فضولی و غاصب است و خیال می‌کند که وی واقعاً مالکِ مبیع است و متاع خویش را می‌فروشد و لذا اقدام به معامله می‌کند، و بعد هم روی هر یک از ثمن و مثنی معاملات می‌حقّق می‌شود، در این فرض حکم همان است که ذکر شد یعنی مالک اصلی حق دارد هر کدام از عقود مزبور را امضاء کند و جواز تتبّع محفوظ است.

ولی گاهی مشتریِ اصیل عالم به غصبیت است و می‌داند که فروشنده غاصب است و مال مردم را می‌فروشد و با علم و اطلاع و آگاهانه اقدام کرده و وارد معامله می‌شود و

مبیع را از بایع غاصب خریداری می‌کند و تحویل می‌گیرد و ثمن را هم (منظور ثمن شخصی است وگرنه ثمن کلی به ذمه می‌آید و حساب جدائی دارد) به غاصب تحویل می‌دهد، و سپس غاصب با آن ثمن متاع دیگری را برای خود خریداری می‌کند، حال در این فرض آیا مالک اصلی حق دارد هر کدام از دو معامله مزبور را که خواست امضاء کند یا نه؟

مرحوم علامه در قواعد^۱ فرموده: جواز تتبّع در فرض علم مشتری به غاصب بودن بایع، محلّ اشکال است. جناب قطب الدین^۲ و شهید اوّل در حواشی منظور علامه را از اشکال واضح کرده‌اند: اما قطب الدین فرموده: منظور از اشکال این است مسأله محلّ اشکال است و دو احتمال دارد:

۱- تتبّع جایز نیست به این دلیل که وقتی مشتری از غاصب بودن بایع آگاه است و می‌داند که وی استحقاق ثمن را به عنوان عوض از مبیع ندارد، معذک اقدام می‌کند و ثمن را به او تحویل می‌دهد، قطعاً این دادن ثمن از باب وفای به عقد نیست چون خودش می‌داند که وجوب وفائی اگر باشد نسبت به مالک است نه فضولی، پس این تسلیم ثمن صرفاً از نوع تسلیط مجانی غاصب بر ثمن است.

قوله: ولذا:

شاهد بر تسلیط مجانی بودن آن است که: اگر ثمن در دست غاصب تلف شد مشتری حق ندارد به غاصب مراجعه کرده و خواهان بدل و جبران خسارت شود، زیرا در مورد چنین تسلیطی ضمانی نیست و غاصب ضامن نخواهد بود. و اگر هنوز ثمن باقی است آیا حق رجوع دارد یا نه؟ همان دو وجه که در اصل اشکال مطرح است در اینجا می‌آید.

قوله: فلا ینفذ:

متفرع بر تسلیط مجانی بودن: پس اگر غاصب ثمنی را که از مشتری دریافت کرده اتلاف کرد یعنی رفت و با آن بیع لازمی انجام داد و آن را به نقل لازم به دیگری منتقل کرد که در حکم تلف است مالک اصلی نمی‌تواند این معامله ثانی را اجازه کند نافذ نیست، زیرا با معامله ثانی ثمن به دیگری منتقل شد و متاع دوم به غاصب تعلّق گرفت و ملک او شد و

۱. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.

۲. به نقل مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۹۲.

مالک اصلی از آن اجنبی است، پس اجازه‌اش اثر ندارد و چیزی را به ملک وی منتقل نمی‌کند. پس تتبّع عقود جایز نیست.

۲- قوله: و من ان:

وجه ثانی جواز تتبّع است به این دلیل که: بالاخره قبل از تسلیم ثمن به غاصب و تسلیط غاصب بر این ثمن، در واقع ثمن عوض از متاع مالک اصلی بود و مقتضی برای تملک ثمن از سوی مالک اصلی موجود بود و هیچ امری مانع از نفوذ ملک او نبود مگر مسأله عدم صدور عقد از خود مالک، یعنی اگر خودش مستقیماً انشاء بیع می‌کرد قطعاً مالک ثمن می‌شد ولی فضولی این کار را کرده پس تنها مانع، نبود رضایت و طیب نفس مقارن است که آنهم با آمدن اجازه بعدی مرتفع می‌شود و وقتی اجازه آمد جاری مجرای اذن و طیب نفس مقارن است و گویا عقد از خود او صادر شده و موجب نفوذ ملک مالک در ثمن می‌شود، پس مالک اصلی حق دارد عقود کثیره را تتبّع کرده و هر کدام را که مایل بود اجازه کند.

و اما شهید اول: وی در بیان وجه اشکال تنها به وجه عدم جواز اشاره کرده و فرموده: اینکه علامه فرمود: جواز تتبّع در فرض علم به غصبیت مشکل است منظورش و منشأ اشکال و گیر کار اینجا است که: وقتی مشتری با علم به غصبیت و عدم استحقاق بایع، ثمن را به او می‌دهد در حقیقت او را مجاناً بر مال خود مسلط می‌کند و اختیار مال را به دست او می‌دهد که هر گونه خواست با آن رفتار کند (مثل ملک طلق خودش) و چنین ثمنی در ملک صاحب مال (مالک اصلی) داخل نمی‌شود، آنگاه اگر غاصب با همین ثمن متاعی را خرید و ثمن را به فروشنده تحویل داد وی مالک مبیع دوم می‌شود آنگاه ثمن ملک فروشنده دوم شده و مثنی دوم ملک غاصب شده دیگر جایی برای اجازه مالک اصلی وجود دارد و اجازه نسبت به معامله دوم نافذ نیست پس جای تتبّع عقود نیست. آری مالک اصلی می‌تواند معامله اول را که بر مبیع و متاع خود او واقع شده است امضاء کند ولی حق تتبّع ندارد.

ولی بلافاصله می‌فرمایند: بلکه نسبت به معامله اول هم اجازه مالک نافذ نیست، زیرا مبیع اولی یک ثمن شخصی بیشتر نداشته آنهم که ملک غاصب شده و در معامله ثانی به دیگری منتقل شد و ثمن دیگری هم که نیست، پس نفوذ اجازه در بیع اول بدان

معنى است که مبيع ملک مشتری اصیل شود و از ملک مالک اصلی خارج شود ولى چیزی در عوض به ملک وی داخل نشود، چنین چیزی بیع بدون ثمن و عوض است که نه عرفاً و نه شرعاً چنین معامله‌ای نداریم و محال است داشته باشیم. پس اشکال به اصل معامله فضولى سرایت کرد و صحت آن هم به سبب اجازه مورد مناقشه واقع شد.

قوله: و اقتصرو:

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد^۱ همین بخش اخیر از اشکال را که در کلام شهید بود آورده که مسأله سرایت باشد و فرموده: اصلاً با علم مشتری به غصبیت، صحت اصل عقد فضولى مبتلا به اشکال است (که بیع بلا ثمن بود) و نوبت به تتبع نمی‌رسد، و جواز تتبع فرع بر صحت عقد اول و قابل اجازه بودن آن است.

قوله: و المحکى:

جناب فخر الدین در کتاب ایضاح^۲ مسأله جواز و عدم جواز تتبع عقود را با علم مشتری به غصبیت بایع، بر مسأله کاشفیت و ناقصیت اجازه مبتنی کرده و چنین فرموده: اگر مشتری اصیل که اقدام کرده و با بایع فضولى معامله کرده جاهل به غصبیت بود و نمی‌دانست که فروشنده غاصب است و خیال می‌کرد وی مالک اصلی است لذا معامله کرد، بعد هم فضولى با آن ثمن متاع دیگری خرید و... در این فرض مالک اصلی حقّ تتبع دارد یعنی مختار است که عقود متعددی را که بر اصل مال او یا أعواض مال او منعقد شده دنبال کند و هر کدام را اصلاح و پر سودتر یافت همان را اجازه کند. (خلاصه: در فرض جهل به غصبیت حکم جواز تتبع معلوم است.) و اما اگر مشتری آگاه به غصبیت بود و می‌دانست که بایع غاصب است و معذک اقدام کرد، مسأله بر قول به نقل و کشف در باب اجازه مبتنی می‌شود:

اگر اجازه را ناقله بدانیم نوبت به تتبع عقود نمی‌رسد زیرا که از طرفی اصحاب و فقهاء امامیه چنین فتوی داده‌اند که: اگر چنانچه مالک اصلی معامله را ردّ کرد و از مشتری متاع خود را باز پس گرفت، وی حقّ ندارد به غاصب رجوع کرده و ثمنی را که به او داده باز پس گیرد حتّی اگر ثمن در دستان غاصب موجود است و به دیگری هم منتقل نکرده،

۲. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۷.

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۱.

از این فتوی به این نتیجه می‌رسیم که معلوم می‌شود غاصب با اخذ ثمن مالکِ ثمن شده است و گر نه وجهی برای این فتوی (عدم جواز استرداد) نبود. پس غاصب پیشاپیش (پیش از اجازه مالک اصلی) توسط تسلیم و تسلّم از مشتری اصیل، ثمن را تصاحب کرده است.

و از طرف دیگر مالک اصلی (بنابر مسلک نقل) تا معامله اوّل را اجازه نکند مالکِ ثمن نمی‌شود، زیرا قول حق این است که: اجازه صرف علامت و کاشف نیست بلکه یا شرط تأثیر است و تا شرط نیاید علّت تامّه نشده و معلول که ملکیت باشد نمی‌آید، و یا سبب تأثیر است (جزء سبب یا تمام سبب علی المبنی) که باز تا اجازه نیاید سبب کامل نشده و بدنبالش مسبّب نمی‌آید، پس در ظرف مدّت معامله و قبض و اقباض فضولی و اصیل تا زمان اجازه مالک اصلی مالک ثمن نشده آنگاه از طرف اصیل ثمن را به فضولی مجاناً تملیک کرد (و لذا حقّ استرجاع نداشت) و از ملک خویش خارج ساخت، و از طرفی هم تا زمان اجازه مالک اصلی مالک ثمن نشده، پس ناچار هستیم بگوییم: غاصب مالکِ ثمن شد و گر نه ملک بدون مالک خواهد بود که از محالات است زیرا ملک شخصی و مالک شخصی متضایفان هستند که در امکان و امتناع متکافئان هستند و محال است مملوک شخصی باشد ولی مالکِ شخصی نباشد، آنگاه سبب ملکیت غاصب (اقباض مشتری) بر سبب مالکیت مالک اصلی (اجازه) نسبت به ثمن سبقت دارد و هر سببی جلوتر بود همان مؤثر است و نوبت به سبب بعدی نمی‌رسد، آنگاه با استفاده از همین حقّ تقدّم اگر غاصب با این ثمن معامله‌ای کرد مثنی و ربح آن به خود وی تعلّق گرفته و چیزی نصیب مالک اصلی نمی‌شود، پس مالک اصلی حقّ تتبع ندارد و نمی‌تواند عقد ثانی را (اگر انفع تشخیص داد) امضا کند.

و اما اگر اجازه را کاشفه بدانیم (که کاشف از این است که: از همان اوّل که معامله میان غاصب و مشتری اصیل منعقد شد، پیش از آنکه مشتری ثمن را در اختیار غاصب بگذارد، مالک اصلی این ثمن شخصی را مالک شده و سبب ملکیت او تقدّم دارد). بر این مبنا اگر مالک اصلی معامله را اجازه کرد از آغاز ثمن ملک او می‌شود و بعد هم که فضولی با ثمن متاعی خریده است با پول او خریده است و اگر این را هم اجازه کرد هم متاع و هم سود آن به خود مالک اصلی تعلّق می‌گیرد. پس بر مسلک کشف حقّ تتبع برای مالک محفوظ است.

قوله: و یحتمل:

در ادامه مرحوم فخر الدین می‌فرماید: حتّی بر مسلک نقل هم جا دارد کسی بگوید: مالک حقّ تنبّع دارد به این دلیل که وی صد درصد از این ثمن اجنبی و بیگانه نیست بلکه حقّی نسبت به آن دارد، چرا که قبل از معامله ثانی وی حق دارد معامله اوّل را امضا کرده و ثمن را دریافت کند، پس فی الجمله مالک اصلی و فی الجمله هم غاصب بر این ثمن حقّی دارند، و حقّ مالک اصلی بر حق غاصب تقدّم دارد، زیرا غاصب به پست‌ترین و سخت‌ترین احوال اخذ می‌شود ولی مالک اصلی به نیکوترین احوال اخذ می‌شود و حتّی الامکان تا راه دارد به نفع مالک حکم می‌شود نه به نفع غاصب.

قوله: و الأصح:

در پایان هم فخر الدین فرموده: به نظر من تا عین ثمن در دست غاصب موجود است، مشتری اصیل (و لو عالماً و عامداً ثمن را به او داد) حق استعاده و باز پس‌گیری دارد، آری اگر در دست غاصب تلف شد وی ضامن است و مشتری هم حق ندارد به او مراجعه کند.

قوله: و ظاهر کلامه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از ظاهر کلام فخر الدین چنین فهمیده می‌شود که: بر مسلک کاشفیت اجازه اصلاً جایی برای اشکال وجود ندارد (و حتماً مالک اصلی حقّ تنبّع دارد) و به نظر ما هم این مطلب پسندیده است زیرا عمده اشکال همان بود که در سخنان قطب الدین و شهید آمده بود که مسأله تسلیط مجانی مشتری بود که غاصب را بر مال خویش مجاناً مسلط کرده... و خوشبختانه بر مسلک کشف این اشکال مندفع است، زیرا بر این مسلک تسلیط مشتری، بر مال خودش نیست بلکه بر مال مالک اصلی است که به سبب عقد در واقع مالک شده و فضولی بعداً می‌خواهد به سبب اقباض مشتری مالک شود، و تسلیط مجانی بر مال خودش به نفع فضولی تمام می‌شود، ولی مشتری حق ندارد فضولی را بر مال واقعی مالک اصلی مسلط سازد، این است که بر مبنای کشف باید گفت: اگر مالک اصلی اجازه کرد نوبت به مالکیت غاصب و غیره نمی‌رسد و حقّ مالک مقدّم است آری اگر مالک اصلی ردّ کرد، این ردّ کاشف از این است که: مشتری، غاصب را بر مال واقعی خویش مجاناً مسلط کرده و طبق فتوای اصحاب حقّ استعاده و استرداد هم ندارد.

قوله: نعم:

پس بر مسلک کاشفیت اجازه، نفوذ و تأثیر اجازه بلامانع است و مبتلا به اشکالی نیست. آری بر مسلک ناقصیت اجازه تأثیر اجازه در هر کدام از دو معامله (معامله اولی که بر نفس مال مالک اصلی واقع شده و فضولی غاصب آن را به مشتری اصیل فروخته، و معامله دومی که بر عوض مال مالک واقع شده و فضولی با ثمنی که از مشتری قبض کرده متاعی را خریده است) مبتلا به اشکال است:

اما تأثیر اجازه در معامله دوم (عقد بر ثمن) مبتلا به دو اشکال است:

- ۱- همان اشکالی که از زبان قطب الدین و شهید مطرح شد که تسلیط مجانی... بود.
- ۲- اشکال دور که در اینجا از زبان مرحوم شیخ مطرح است: از طرفی صحت و تأثیر اجازه در عقد ثانی وابسته به این است که مالک اصلی، مالک ثمن باشد تا اجازه اش نافذ باشد، وگرنه اجازه غیر مالک یا اجنبی تأثیری ندارد، پس تأثیر اجازه بر تملک ثمن از سوی مجیز موقوف است، و از طرف دیگر تملک ثمن هم وابسته به اجازه و تأثیر آن است وگرنه راه دیگری برای تملک ثمن در میان نیست. پس تملک ثمن هم بر اجازه موقوف است و این دور صریح است. پس نفوذ اجازه مستلزم دور است و باطل می باشد. و اما تأثیر اجازه در معامله اول (عقد بر مبیع) این نیز سه صورت دارد:

۱- اول میان غاصب و مشتری اصیل عالم به غصبیت معامله ای انجام شد و سپس هنوز قبض و اقباض حاصل نشده بود مالک اصلی معامله را امضا کرد، بدیهی است که اجازه او ولو نافذ باشد مؤثر است و از هم اکنون ثمن شخصی ملک مالک گردید و بعداً که مشتری اصیل، آن را به غاصب تسلیم می کند، او را بر مال دیگری مسلط می کند و چنین تسلیطی ارزش ندارد و ملک غاصب نمی شود، و اگر با این ثمن متاعی خرید، با مال مالک اصلی خریده و مجدداً معامله ای فضولی انجام داده و باید مالک اصلی اجازه کند.

۲- اول، معامله ای صورت گرفت، سپس قبض و اقباض آمد و مشتری ثمن را به غاصب داد، ولی هنوز ثمن در اختیار غاصب بود و عین آن موجود بود مالک اصلی معامله را امضاء کرد در اینجا عده ای بر آنند که به مجرد قبض و اقباض، مشتری حق استعاده و استرداد ندارد اگر چه عین مال موجود باشد و عده ای بر آنند که تا ثمن در

دست غاصب موجود است و تلف نشده یا به دیگری منتقل نشده مشتری حق دارد آن را باز پس گیرد و به ملک خویش عودت دهد، حال بنابر فتوای گروه دوم باز تا در دست غاصب است ملک او نشده و ملک مشتری است و مالک اصلی حق دارد معامله اولی را امضاء کند و ثمن را تملک کند، ولی بنابر فتوای گروه اول کار مشکل می شود.

۳- معامله فضولی انجام شد، سپس به غاصب داده شد و وی هم آنرا اتلاف نمود و با آن متاعی خرید و پس از آن مالک اصلی مطلع شد و معامله اولی را امضاء کرد، در این صورت هم به اجماع اصحاب ثمن ملک، غاصب شده و بدیگری منتقل کرده و متاعی را که خریده مالک شده و دست مالک اصلی از ثمن کوتاه است، آنگاه مورد و محلی برای اجازه عقد اول هم نمی ماند، زیرا مبیع اول یک ثمن شخصی بیشتر ندارد که آنهم از آن غاصب نشده به مالک اصلی نخواهد رسید، ثمن دیگری هم که نیست پس امضاء بیع اول باعث می شود که معامله اولی بیع بلا ثمن شود که چنین چیزی معقول نیست. پس بر مسلک نقل تأثیر اجازه هم در صحت عقد ثانی مبتلا به اشکال است و هم در صحت عقد اول مشکل است.

قوله: و ما ذكره:

فخر الدین در ایضاح پس از آنکه اشکال را بر دو مبنای نقل و کشف مبتنی کرد و فرمود: علی النقل نفوذ اجازه اشکال دارد، در ادامه فرمود: احتمال دارد که حتی بر مسلک نقل هم حکم به نفوذ و تأثیر اجازه مالک نمائیم و بگوییم: وی مختار است که عقد اول را اجازه کند یا عقد ثانی را و برای این احتمال دو دلیل هم آورد:

۱- حق مالک بر حق غاصب تقدم دارد (چون به اصل بیع او در ثمن حقی پیدا کرده ولی غاصب با تسلیط مشتری ذیحق گردیده است).

۲- جانب مالک را ترجیح دادن اولی است بر جانب غاصب زیرا غاصب به اشق احوال مؤاخذه می شود و مالک به اجود احوال، مرحوم شیخ از این دو دلیل هم جواب می دهند:

(اما از دلیل ثانی: اینگونه اولویت ها پایه و اساسی ندارد.)

و اما از دلیل اول: ما قبول نداریم که حق مالک بر حق غاصب مقدم باشد، بلکه قضیه به عکس است و حق غاصب مقدم است، بیان مطلب: در اینجا سه چیز در طول

هم واقع شده: ۱- عقد فضولی ۲- تسلیط مشتری ۳- اجازه مالک اصلی، و اصل بیع فضولی اگر چه بر تسلیط غاصب بر ثمن تقدّم دارد ولی بر مسلک نقل عقد مزبور جزء سبب ملک است و جزء دیگر، اجازه مالک است که بعدها می آید و تا علّت تامّه نشود معلول و ملکیت و انتقال نمی آید، ولی قبل از آن، تسلیط که علّت تامّه ملکیت غاصب بر ثمن است آمده و وی مالک شده و کسی حقّ استعاده از او ندارد، در نتیجه این حقّ غاصب است که بر حقّ مالک مقدم است و نوبت به اجازه بعدی نمی رسد و همان اشکالها هست. پس این احتمالی که فخر الدین ره داد ناتمام است.

قوله: نعم:

اینکه اصحاب در باب تسلیط مشتری فرموده اند: پس از تسلیط مجانی استعاده جایز نیست و تسلیط مزبور را سبب مالکیت غاصب دانسته اند دو احتمال دارد:

۱- خود تسلیط علّت تامّه باشد برای استحقاق غاصب و مالکیت او باشد و حالت منتظره ای نداشته باشد تا به حال بر این فرض سخن می گفتیم: که نتیجه اش تقدّم حق غاصب بر مالک شد....

۲- نفس تسلیط علّت تامّه نباشد بلکه با قیدی علیّت داشته باشد، یعنی تسلیط مراعا و مشروط به عدم اجازه بعدی موجب مالکیت غاصب شود. حالا بر این فرض سخن می گوئیم که شاید مراد اصحاب از حکم به عدم جواز استرداد ثمن بخاطر تسلیط مراعا و مشروط باشد، که نتیجه این احتمال آن است که هم عقد و هم تسلیط هر کدام جزء سبب برای ملک هستند و جزء دیگر در عقد، اجازه است و در تسلیط عدم اجازه و اگر اجازه کرد، تسلیطی که موجب مالکیت غاصب شود نمی آید، و سبب ملکیت مالک اصلی بر ثمن تام می شود و حقّ تقدّم با او است.

قوله: و حیث:

این فراز در حقیقت دلیل احتمال دومی است که ذکر شد، و آن اینکه: اصل این فتوای اصحاب بر خلاف قواعد مسلّم فقهی است زیرا قاعده این است که: اگر معامله فاسد و باطلی انجام شد و بدنبال آن نقل و انتقالی صورت گرفت، به مجرد تسلیط و اقباض، گیرنده مالک نمی شود و مقبوض به عقد فاسد است. و در اینجا نسبت به فضولی غاصب معامله باطل است چون برای او اثری ندارد و وقتی باطل شد قاعدتاً تسلیط او بر ثمن

موجب تسلّط و تملّك او نمى شود و بايد حقّ استرداد محفوظ باشد ولى فقهاء حكم به عدم استعاده کرده اند و اين حكم بر خلاف قاعده مزبور است و در امورى كه بر خلاف اصل باشند بايد به قدر متيقّن اكتفا كرد و قدر متيقّن كه اجماع بر آن دلالت دارد فرض تسليط مشروط به عدم اجازه است كه اگر اجازه نكرد، غاصب مالك مى شود، ولى اگر مالك اجازه نكرد نوبت به مالكيت او نمى رسد. پس شايد منظور اصحاب احتمال ثانى باشد كه نتيجه اش را در فراز قبلى ذكر كرديم، و بر اين فرض آن احتمال فخر الدين زنده مى شود و حتى بر مسلك نقل هم اجازه مالك مؤثر مى شود.

قوله: فافهم:

شايد اشاره باشد به اينكه: احتمال ثانى از ظاهر كلام اصحاب بدور است و ظاهرش اين است كه آنها خود تسليط را سبب استحقاق غاصب مى دانند و قيد و شرطى قائل نيستند و همان اشكال هست كه حق غاصب بر مالك مقدّم است و اجازه بعدى مشكل دارد. پس على الكشف تتبع عقود جايز است. ولى على النقل محل اشكال است.

الکلام فی الرد

قوله: مسأله:

از احکام مسلم در بیع فضولی آن است که: مالک اصلی می تواند آن را اجازه کند و می تواند آن را رد کند، تا به حال بخش اجازه را با سه مبحث آوردیم: ۱- احکام و شروط خود اجازه. ۲- احکام و شروط شخص مُجیز. ۳- احکام و شروط عقد مجاز. و اینک وقت آن است که احکام رد مورد بحث واقع شود: به طور کلی رد یا قولی است و یا فعلی، رد قولی هم یا با قول صریح (صراحت عرفی منظور است که اعم از نص و ظاهر می باشد.) است و یا با قول مجمل و مبهم و مهمل و کنایی است.

مرحوم شیخ می فرماید: رد قولی در بیع فضولی حتماً باید به قول و لفظ صریح باشد و جای کمترین چون و چرائی نگذارد، فی المثل با الفاضی از قبیل: رد دت، فسخت، ابطلت و... انشاء رد کند. آنهم این الفاظ را به قصد رد بگوید نه به قصد های دیگر، پس اگر به لفظ غیر صریح بود رد محقق نمی شود و دلیل مطلب استصحاب است بیان ذلک: به عقیده ما از روز اول که عقد فضولی منعقد شد بر طرف اصیل وفای به عقد واجب شد و در حق او از اول لزوم فعلی ثابت شد و وی حق ندارد معامله را فسخ کند. و بر طرف دیگر یعنی مالک اصلی هم قابلیت و شأنت لزوم ثابت شد و عقد مزبور برای او چنین قابلیت دارد که با اجازه کردن صحت فعلی یعنی لزوم پیدا کند. حال تا این قول مجمل نبود آن لزوم فعلی و این قابلیت باقی و برقرار بود ولی الان که قول مجملی صادر شده در بقاء لزوم و قابلیت شک می کنیم استصحاب بقاء لزوم در حق اصیل و استصحاب بقاء قابلیت لزوم در حق مالک اصلی جاری می شود.

قوله: وکذا:

و اما رد فعلی: افعال و تصرفاتی که توسط آنها رد معامله واقع می شود سه دسته می شوند:

الف: تصرفاتی که موجب خروج مال از ملک تصرف کننده می شوند و به اصطلاح تصرف ناقل هستند از قبیل بیع و فروختن مبیع به دیگری، هبه کردن آن که ناقل هستند، یا خوردن و نابود کردن آن که اتلاف عقلی است و یا منتقل کردن به دیگری که اتلاف

شرعى است، و آزاد کردن عبد يا وقف مبيع كه فك ملك است و شبیه نقل و اتلاف است و يا تزويج و نكاح كه شبه نقل و اتلاف است. حال اگر فضولى عبد كسى را فروخته و پس از آن خود مالك اصلى اين عبد را به فرد ثالثى فروخت يا به او هبه كرد، يا آن را آزاد كرد، يا آن را وقف نمود، يا صبيّه كسى را فضولى به عقد فردى در آورده بود و پس از آن ولىّ صغيره وى را به عقد كسى در آورد، يا زن بالغه رشیده‌اى را فضولى براى مردى عقد کرده بود، سپس خود آن زن با مرد ديگرى ازدواج كرد و... .

در تمام اين موارد گاهى افعال و كارهاى مزبور به قصد ردّ بيع يا نكاح فضولى انجام مى‌گيرد، در اينجا پر واضح است كه با اين تصرّفات، حقيقتاً ردّ حاصل مى‌شود. ولى گاهى بدون توجه به معامله فضولى و با قطع نظر از آن اين كارها را مى‌كند (خواه از كار فضولى عالم است ولى كارى به آن ندارد و يا اصلاً خبر ندارد). باز هم با چنين تصرّفاتى ردّ معامله حاصل مى‌شود (ردّ حكمى) و دليل حصول ردّ آن است كه: بلا شك تصرّفات مزبور صحيح است زيرا از اهلش صادر شده و در محلّ آن واقع شده و الناس مسلطون على اموالهم و مانند آن حكم به صحّت و نفوذ اين كارها از مالك دارد، و با فرض صحّت اين تصرّفات جائى براى اجازه بيع فضولى نمى‌ماند زيرا به محض تصرّفات مزبور، مبيع از ملك مالك خارج مى‌شود و وى نسبت به آن اجنبى است و بنابر اين اجازه او ارزشى ندارد، زيرا كه بايد اجازه مالك باشد نه اجازه اجنبى و غير مالك پس جائى براى اجازه كردن نمى‌ماند. (البته نسبت به مالك اصلى محلى براى اجازه نيست ولى نسبت به مالك جديد مسأله مبتنى بر مباحثى است كه در باب اجازه داشتيم).

ب: قوله: و اما التصرف:

بخش دوّم درباره افعال و تصرّفاتى است كه از مالك اصلى صادر مى‌شود و موجب خروج مال مورد تصرّف، از ملك مالك نمى‌باشند (بر خلاف دسته الف) و صحّت اين تصرّفات منافاتى با اصل اجازه ندارند و متاع را از قابليت حقوق اجازه و تأثير اجازه خارج نمى‌كنند ولى تصرفات مزبور اين نقش را دارند كه اجازه بعدى را از قابليت تأثير از حين عقد خارج مى‌سازند و مانع مى‌شوند از اين كه اجازه بتواند كاشفه باشد و از اوّل مؤثر در ملكيت مشتري اصيل باشد (به قول مرحوم شهيدى: فيلزم التفصيل بين القول بالكشف من حين العقد فلا تصحّ الاجازة للتنافى و بين القول بالنقل فتصحّ الاجازة و تؤثر فى صحة

الفضولی من حينها فلو وقعت حال كون الدار مستأجرة والمرأة مزوجة فينتقل المبيع الى المشتري مسلوب المنفعة الكذائية وان وقعت بعد انقضاء الاجارة وزوال الزوجية فينتقل اليه معها.^۱ مثلاً جاریه‌ای بایع فضولی به دیگری فروخته است به دنبال آن مولای اصلی و اولی جاریه او را مستولده ساخت، این استیلا در تصرفی است که از مالک صادر شد و ضمناً بدین وسیله جاریه از ملک او خارج نمی‌شود (آری امّ ولد مولی می‌شود) و منافاتی با اجازه بر مسلک نقل ندارد و می‌تواند اجازه هم بکند و اجازه از حالا به بعد مؤثر باشد، حتی منافاتی با کشف مقداری (در ادامه توضیح خواهد آمد) ندارد، آری با کشف حقیقی یعنی تأثیر اجازه از اول عقد منافات دارد.

یا مثلاً منزل زید را فضولی به بکر فروخته و به دنبال آن مالک اصلی آن را به خالد اجازه داده در اینجا هم اجازه دادن تصرفی است از مالک که موجب خروج منزل از ملک وی نمی‌شود (اجازه تملیک منفعت است نه تملیک عین) و منافاتی با اصل اجازه هم ندارد ولی تأثیر اجازه از اول عقد منافی است. یا مثلاً جاریه مولی را فضولی به زید فروخت و پس از آن مولای جاریه او را به عقد بکر در آورد، باز تزویج جاریه تصرف است ولی نه مخرج از ملک است و نه منافی با اصل اجازه آری منافی با تأثیر اجازه از اول امر است

قوله: لان صحة الاجازة:

مرحوم شیخ وجه منافات را به سه بیان ذکر کرده‌اند:

بیان اول همین است که به صورت تعلیل ذکر شده و آن این که: میان صحّت تصرفات مزبور با تأثیر اجازه از اول عقد تنافی وجود دارد زیرا معنای صحّت تصرفات مذکور آن است که: مالک اصلی و متصرف در حال تصرف مالک بوده وگرنه استیلا در صحیح نبود، اجازه صحیح نبود و تزویج درست نبود. و معنای کاشفیت اجازه و تأثیر آن از اول، آن است که: در واقع از حین عقد فضولی، مشتری اصیل مالک منزل یا جاریه شده بود و مالک اصلی در حال تصرف مالک نبود، پس هم مالک است و هم نیست و این تناقض است. آنگاه می‌گوییم: حکم به صحّت اجازه و تأثیر آن در ملکیت از اول امر

باعث می شود که آن تصرّفات باطل باشد (چون اجتماع نقیضین نشاید) ولی از آنجا که مفروض بحث آن است که تصرفات مذکور صحیح است چون در آن موقع اجازه ای نیامده بود و وی کماکان مالک بود و الناس مسلطون علی اموالهم پس حق این تصرّفات را داشت. پس اجازه مزبور صحیح نخواهد بود و صحّت تصرّفات مانع از صحّت اجازه از اوّل امر است و گرنه باز اجتماع نقیضین می شود.

بیان دوّم: با «و الحاصل» همان مطلب را کامل تر بیان می کنند: وقتی دو چیز با یکدیگر تنافی داشتند (که در ما نحن فیه صحّت تصرّفات مزبور با صحّت و تأثیر اجازه از حین عقد منافات دارد) قانون این است که: هر کدام از متناقضین که واقع شد دیگری محال خواهد بود و گرنه اجتماع نقیضین است، آنگاه در ما نحن فیه با توجّه به مفروض بحث (صحّت تصرفات مزبور به بیان اوّل) می گوئیم: سه احتمال وجود دارد:

۱- حال که تصرفات مزبور صحیح است و کاشف از مالکیت حین التصرف است، ناچار اجازه بعدی صحیح و مؤثر نخواهد بود و گرنه اجتماع نقیضین می شود.

۲- تا اجازه نیامده آن تصرّفات صحیح است ولی اجازه که آمد آنها را ابطال می کند (ابطالٌ صاحبِه ائى ابطال الآخر صاحبَه ائى نقیضه)

۳- او ایقاعه علی غیر وجهه: این جمله دو احتمال دارد:

۱- ظاهر عبارت این است که: ضمیر مضاف الیه به کلمه صاحبه بر می گردد و منظور این است که: اجازه بعدی که آمد صاحبش یعنی نقیضش را که صحّت تصرفات باشد بر غیر وجه آن واقع می سازد یعنی لغو و باطل و ظاهری قرار می دهد. اما این احتمال صحیح نیست زیرا عین احتمال ثانی از سه احتمال است.

۲- ضمیر مضاف الیه بر کلمه آخر بر گردد و معنا این باشد که تصرف صحیح باشد و اجازه هم صحیح باشد اما نه بر وجه خودش که تأثیر از اوّل عقد باشد بلکه بر غیر وجه خودش که تأثیر از حالا به بعد یا کشف مقداری باشد. مرحوم شیخ می فرماید: از سه احتمال مذکور دو احتمال (۲ و ۳) باطل است زیرا که اگر تصرفات صحیح بود و در ظرف زمان خودش مؤثر واقع شد، معقول نیست که اجازه بعدی بتواند در آنها تأثیر گذاشته و آنها را ابطال کند، لأنّ الشیئی لا ینقلب عمّا وقع علیه. (پس احتمال ثانی باطل شد.) و نیز این که اجازه بر غیر وجه خود واقع شود و از حین عقد تأثیر نکند بلکه از بعد از تصرفات

مذکور مؤثر باشد که همان کشف مقداری است، این هم بر خلاف اجماع اهل کشف است که در ادامه خواهد آمد. (پس احتمال ثالث هم باطل است) پس احتمال اول معین می شود که تصرفات مزبور صحیح و اجازه بعدی باطل، پس تصرفات مزبور هم فی الجمله رد فعلی است و با اجازه بعدی قابل جمع نیست و مقوت محل اجازه است (البته علی الکشف).

بیان سوم با و بالجمله شروع می شود که: هر چیزی که (تصرفاتی که) اگر اجازه را از اول مؤثر بدانیم ناچار می شویم از حکم به بطلان آن تصرفات (چون تناقض دارند) اگر متقابلاً حکم به صحّت آن تصرفات کردیم ناچار می شویم از این که اجازه را کنار بزنیم و بگویم صحّت تصرف، مانع از حقوق اجازه است چون اجتماع نقیضین محال است. پس با لایحه با حکم به صحّت تصرفات مزبور، جایی برای اجازه نیست و فی الجمله رد فعلی صورت گرفت.

قوله: نعم:

اگر در مثالهای مزبور تصرف مالک به نحو استیلا و اجاره و تزویج نباشد بلکه پس از بیع فضولی، مالک اصلی برای مدّتی از سکناى منزل یا از پوشیدن لباس یا از رکوب مرکب و... استفاده کند و بعد هم معامله فضولی را اجازه کند، این گونه از تصرفات منافاتی با حقوق اجازه و تأثیر آن از زمان عقد ندارد، پس اگر اجازه کرد می تواند معامله از اول صحیح باشد و منزل یا مرکب ملک مشتری باشد منتهی برای مدّتی که از سکناى منزل و رکوب مرکب و... استفاده کرده باید اجرة المثل بپردازد.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به این که فرقی میان این تصرفات با تصرفات مذکور (استیلا و اجاره و...) نیست و صحّت تمام اینها موقوف بر ملک است، پس تبصره مذکور ناتمام است.

قوله: و منه يعلم:

گاهی مالک اصلی از بیع فضولی مطلع شده و مذلک تصرفات مذکور را انجام می دهد و گاهی اصلاً اطلاعی ندارد، حال از ما ذکرنا روشن شد که مسأله عدم تأثیر اجازه از اول عقد، مخصوص به فرض علم نیست بلکه چه بداند چه نداند صحّت تصرفات با صحّت اجازه کذائی قابل جمع نیست، زیرا تنافی میان آندو واقعی و نفس الامری است نه علمی

و مربوط به صورت علم. پس تصرفات مذکور را به هر قصدی که مرتکب شود بالحقوق اجازه از اول عقد، منافات دارد. (بر خلاف بخش سوم از تصرفات که خواهد آمد.)
قوله: و دعوی:

تا به حال به این نتیجه رسیدیم که میان صحت تصرفات مذکور با تأثیر اجازه از حین عقد منافات وجود دارد و قابل جمع نیستند، حال مستشکل می‌گوید: خیر منافاتی میان آن دو نیست، ما می‌گوئیم هم تصرفات مذکور صحیح است و نشانه مالکیت متصرف در لحظه تصرف است، و هم اجازه بعدی صحیح است و کاشف از مالکیت مشتری اصیل است، منتهی لازم نیست که کاشف از ملک از اول عقد باشد و قابلیت تأثیر در ملک از آغاز بیع فضولی در او باشد تا تنافی پیش آید، بلکه کافی است که کاشف از ملکیت مشتری از بعد از تصرفات مذکور باشد (کشف مقداری و به مقدار قابلیت) آنگاه منافاتی نخواهد بود زیرا تا پایان تصرفات مذکور فقط مالک اصلی مالک است و پس از آن به سبب اجازه بعدی که کاشف بود فقط مشتری اصیل مالک است: **فَإِنَّ التَّنَاقُضَ؟**

شاهد بر کفایت کشف مقداری، مطلبی است که خود مرحوم شیخ در مسأله «من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه» فرمودند، آنجا که محقق تستری اعتراض می‌کرد که بر مسلک کشف تأثیر اجازه مالک جدید از اول عقد محذور دارد و مستلزم خروج از ملک پیش از ورود در ملک است، خود شما در جواب فرمودید که: کشف مقداری را قائل می‌شویم و می‌گوییم: به مقداری که قابلیت دارد کاشف است و آن از لحظه مالک شدن این مالک جدید است نه پیش از آن، در ما نحن فیه هم بگوییم: از بعد از تصرفات مذکور اجازه کاشفه باشد نه قبل از آن و در نتیجه منافاتی نخواهد بود.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ادعای مذکور باطل است چرا که اهل کشف و قائلین به کاشفیت اجازه اجماع دارند بر اینکه اجازه مالک اصلی اگر بخواهد کاشف باشد باید از حین عقد کاشف باشد نه پس از مدتی، و قیاس اجازه مالک جدید به مالک اصلی مع الفارق است. و در ما نحن فیه مالک اصلی اجازه می‌کند و باید کاشف باشد از اول عقد، پس منافات کماکان باقی است.

قوله: نعم:

اگر اجازه بعدی را ناقله بدانیم محذوری پیش نمی آید زیرا تصرفات مذکور در ملک خود مالک بوده و صحیح است و مالکیت مشتری هم پس از اجازه می آید و اجتماع دو مالک بر یک مملوک و در نتیجه تناقض نیست. و اگر کشف حکمی را اختیار کنیم که اصل ملکیت بعد از اجازه بیاید ولی تا حد امکان برخی از آثار و احکام ملک از اول مرتب شود باز محذوری نیست و تصرفات مذکور صحیح است و اجازه بعدی هم مؤثر است و منافاتی نیست.

ولی اگر کشف حقیقی را بگیریم و مسلک مشهور را اختیار کنیم که اجازه به وجود خارجی اش شرط تأثیر است (به عنوان شرط متأخر) و تا نباید ملکیتی نیست و همچنین آمد ملکیت از یکماه قبل یعنی از لحظه عقد می آید. و یا مسلک فصول را اختیار کرده و وصف تعقب و لحوق را مطرح کنیم که عقدی که ملحق به اجازه باشد مؤثر است باز با آمدن اجازه بعدی این وصف انتزاعی برای عقد درست می شود و از اول موجب ملکیت می شود. و یا مسلک عده ای را اختیار کنیم و برای اجازه بعدی تأثیری قائل نشویم بلکه آن را فقط علامت و کاشف صرف بدانیم و تمام السبب را خود عقد بدانیم بر این سه مسلک تنافی هست آنگاه یا باید گفت: تصرفات مذکور صحیح است و نوعی رد فعلی محسوب می شود و پس از آن اجازه کذائی نمی آید، و یا اگر اینها را رد بیع حساب نکردیم و گفتیم اجازه بعدی صحیح و مؤثر است ناچار می شویم از اینکه بگوییم: صحت تصرفات مزبور ظاهری و در ظاهر امر است و با آمدن اجازه معلوم می شود که آنها در ملک مالک نبوده در نتیجه این تصرفات باطل می گردد و آن اجازه صحیح و مؤثر می شود.

ج: قوله: بقی الکلام:

بخش سوّم در مورد افعال و تصرفاتی است که پس از بیع فضولی از مالک اصلی صادر می شود و این تصرفات نه ناقل و مُخرج هستند که بدین وسیله مبیع از ملک مالک خارج شود، بلکه کماکان در ملک مالک باقی است. و نه با صحت و تأثیر اجازه از حین عقد منافات دارند که با انجام این تصرفات، اجازه بعدی بتواند کاشف از ملکیت مشتری از حال عقد باشد بلکه اگر بعداً اجازه کرد قابلیت دارد که از اول ملک مشتری اصیل شود.

فى المثل مالک اصلی مبیع را در معرض بیع قرار بدهد که این عمل نوعی تصرف است که متاع خویش را آورده و در معرض فروش گذاشته ولی به صرف تعویض نه متاع از ملک او خارج می شود نه منافى با اجازه از اول امر است یا مثلاً مبیع را به بیع فاسد به دیگری فروخت که این نیز تصرف است ولی نه ناقل است (چون با بیع فاسد که مبیع به دیگری منتقل نمی شود) و نه منافى بالحقوق اجازه کاشفه است.

حال حکم این تصرفات چیست؟ آیا اینها هم ردّ فعلی محسوب می شود؟ یا نه؟ موحوم شیخ اینها را به دو دسته تقسیم می کنند:

قسم اول: اینگونه تصرفات از مالک در حال التفات و توجه صادر شده یعنی با اینکه می داند که پیشاپیش فضولی این مبیع را فروخته است، و الان هم ملتفت و متذکر و متوجه است نه اینکه از بیع فضولی غافل باشد و آن را فراموش کرده باشد، بالتفات کامل اقدام می کند و مبیع را در معرض بیع قرار می دهد و یا به بیع فاسد می فروشد.

قسم دوم: تصرفات مزبور در حال عدم التفات صادر شده یعنی مالک اصلی اصلاً از بیع فضولی آگاه نبوده و یا اگر آگاه شده بود فعلاً و در حال تصرف آن را فراموش کرده و به کلی نسیأً منسیأً شده و بدون توجه به آن این اقدامات را انجام می دهد.

اما حکم قسم اول: مرحوم شیخ می فرماید: به عقیده ما چنین تصرفی (که با التفات بوده) ردّ و فسخ فعلی بیع فضولی به حساب می آید و به ردّ قولی ملحق بوده و در حکم ردّ قولی است (حکم ردّ و ثمره ردّ در ادامه خواهد آمد.) و برای این الحاق سه دلیل می آورند:

دلیل اول: وجداناً بر این تصرفات ردّ صدق می کند (زیرا کسی که بالتفات کامل به بیع فضولی خود اقدام می کند و متاعش را در معرض بیع قرار می دهد یا می فروشد منظورش این است که: بیع فضولی را قبول نداریم و گر نه چنین اقدامی نکرد.) و وقتی ردّ صدق کرد، این تصرفات مشمول دو دسته اطلاعات می شوند که به منزله کبرای کلی برای این صغری است:

الف: اطلاعاتی که می گوید: اگر عبد یا امه ای بدون اذن مولایش اقدام به ازدواج کرد، زمام امر این نکاح در دست مولی است، «ان شاء اجازه و ان شاء فرق بینهما» و تفریق اعم از قولی و فعلی است یعنی به زبان بگوید: من نکاح شما را بر هم زدم، و یا عملاً میان آنها

جدائی بیاندازد که ردّ فعلی است. پس تصرف مذکور ردّ فعلی است، و ردّ فعلی برای فسخ کافی است، پس تصرف کذا کافی است.

ب: اطلاقی که می‌گوید: اگر مادری برای پسرش همسری اختیار کند و دختری را به عقد پسرش در آورد پسر مجبور به قبول کردن و تن در دادن به این ازدواج و سوختن و ساختن نیست بلکه اختیار این نکاح بدست او است، «ان شاء قبل و ان شاء ترک^۱» که ترک و رها کردنِ نکاح اعم از اینست که قولی باشد یعنی رسماً و صریحاً بگوید: من این ازدواج را قبول ندارم و این زن را نمی‌خواهم، و یا فعلی باشد یعنی عملاً نکاح مزبور را رها کند و نادیده بگیرد و ترتیب اثر ندهد که ردّ فعلی است، آنگاه تصرفات کذائی ردّ فعلی است و ردّ فعلی کافی است پس تصرف کذا برای فسخ کافی است.

قوله: الا ان یقال:

ممکن است فقیهی در دلیل اوّل مناقشه کرده و بگوید: این که امام (علیه السلام) فرمود: ان شاء فرق بینهما، یا فرمود: ان شاء ترک، و مقید نکرد به تفریق و ترک قولی دلیل بر اطلاق از این حیث نیست، شاید اطلاقات مذکور از حیث اصل مطلب در مقام بیان هستند و می‌خواهند بگویند: مولی یا رجل چنین حقّ و اختیاری دارند، اما از لحاظ خصوصیات و کیفیت ترک و تفریق در مقام بیان نیستند که آیا حتماً ردّ قولی باشد یا فعلی هم کفایت می‌کند؟ و اگر از این جهت در مقام بیان نبودند در ما نحن فیه قابل تمسک نیستند.

دلیل دوم: قوله: ان المانع:

مناط ردّ قولی در اینگونه از تصرفات هم هست، به عبارت دیگر همان عاملی که مانع می‌شد از اینکه پس از ردّ قولی بتواند اجازه کند و اجازه پس از ردّ قولی را بی‌تأثیر می‌کرد، همان مانع در ردّ فعلی و در این تصرفات هم وجود دارد، و آن مانع عبارتست از اینکه: مالک اصلی خود که عاقد نیست، وی با اجازه کردن می‌خواهد به منزله عاقد شود و احکام او را پیدا کند و پس از ردّ قولی و از میان رفتن معاهده و معاهده، امکان ندارد که وی به منزله یکی از دو طرف عقد گردیده و آن احکام را پیدا کند، دیگر معاهده‌ای نیست و آنکه بود ردّ شد. حال همین مناط در ردّ فعلی هم هست، مالک وقتی به قصد ردّ این

تصرفات را انجام داد، معنایش آن است که عقد قبلى را ردّ کرد و پس از آن قابلیت ندارد که اجازه بیايد و مؤثر باشد و سالبه به انتفاء موضوع است. پس ردّ فعلی به وحدت مناط مثل ردّ قولی است و موجب فسخ می شود.

دلیل سوّم: قوله: فحوى الاجماع:

در مورد بيع خيارى تا مدّت خيار باقى است ذى الخيار حق دارد معامله را فسخ کند و اين فسخ گاهى قولی است و گاهى فعلی يعنى کارى می کند که لازمه اش فسخ باشد مثلاً مبيع به بيع خيارى را به شخص ديگر می فروشد، يا اگر عید بوده آزاد می کند يا اگر جاريه بوده و طى می کند و... که اينها کاشف از فسخ بيع و دالّ بر بطلان آن هستند. حال در اينها اجماع قائم است که معامله خيارى با فسخ فعلی قابل فسخ است. آنگاه اگر فسخ فعلی در بيع خيارى کفايت می کند پس در ما نحن فيه يعنى بيع فضولى به طريق اولی کفايت می کند، وجه اولويت آن است که: بيع خيارى از حيث اصل حدوث کمبودى ندارد، قطعاً حادث شده و قطعاً تأثير فعلی در ملکيت هم گذاشته و تنها از حيث بقاء و استمرار متزلزل است و معذک با فسخ فعلی قابل فسخ است، پس بيع فضولى که حدوداً متزلزل است و تا اجازه نيايد تأثيرى نيست و تنها قابليت تأثير دارد، به طريق اولی با فسخ فعلی قابل فسخ است.

قوله: فان الوجه:

در لا به لای دليل سوّم به نکته اى اشاره شده و آن اينکه: چرا افعالی از قبيل بيع و عتق و وطى در مدّت خيار موجب فسخ معامله خيارى می شوند؟ دو احتمال وجود دارد:

۱- چون اين ها کاشف از اراده فسخ هستند و بر قصد الفسخ دلالت می کنند يعنى کاشف از اين هستند که یک آن قبل از اينها اراده فسخ کرده و آن را با اين فعل انشاء و ابراز و اظهار کرد به اين دليل موجب فسخ هستند.

۲- چون اينها با بقاء عقد اول منافات دارند زيرا اگر بيع خيارى باقى باشد اين تصرفات جايز نخواهد بود و مؤثّر نخواهد بود، چون «لا وطى الا فى ملک»، «لا بيع الا فى ملک»، «لا عتق الا فى ملک» و جمع متنافيين نشايد، پس با آمدن اين افعال خود به خود بيع قبلى منفسخ می شود چه قصد ردّ و فسخ داشته باشد يا نه،

مرحوم شيخ احتمال ثانى را ردّ می کنند و می فرمايند: اگر صرف تنافى مطرح شود

بہتر آن است کہ بگوئیم: عقد اوّل جلوتر آمدہ و تأثیر ہم گذاشتہ و ملکیت ہم آمدہ و اینہا کہ بعداً می آیند و منافعی هستند باطل می باشند نہ اینکہ اینہا حاکم شدہ و عقد واقع شدہ را باطل کنند، پس صرف این نیست، احتمال اوّل صحیح است کہ قصد ردّ باشد.

(نکتہ: از کلام مرحوم شیخ استفادہ می شود کہ اگر مالک اصلی در حال التفات بہ بیع فضولی، آن تصرّفات را انجام داد و در معرض بیع قرار داد و... میان این تصرّفات در حال التفات با قصد ردّ و فسخ ملازمہ است و از یکدیگر تفکیک ندارد، در حالی کہ نوع محشّین مکاسب بہ ایشان اعتراض کردہ اند کہ ملازمہ ای نیست و ای چہ بسا تعریض بیع برای جلب مشتری با قیمت بیشتر باشد کہ اگر کسی پیدا نشد بہ همان بیع فضولی ہم راضی است، پس نفس تعریض بیع با التفات، لازمہ اش قصد ردّ نیست.)

و اما حکم قسم ثانی: تصرفاتی کہ در حال عدم التفات بہ بیع فضولی انجام می شود، مرحوم شیخ می فرماید: با این تصرّفات فسخ بیع فضولی واقع نمی شود و لازمہ این ہا ردّ آن نیست زیرا ردّ و فسخ مثل اجازہ از انشاءات هستند و قوام امور انشائی بہ قصد است و قصد ہم فرع بر التفات است، و چون وی ملتف نبودہ قصد ردّ ندارد، پس انشاء ردّ نشدہ تا مؤثر باشد یا نہ، پس بدین وسیلہ معاملہ فضولی ردّ نشد، و از طرفی ہم فرض این است کہ تصرفات مذکور با لحوق اجازہ و حتّی تأثیر آن از اوّل عقد منافاتی ندارند (چون موجب تفویت محلّ اجازہ نیستند) پس مقتضی برای اجازہ موجود و مانع از تأثیر آن مفقود است.

قوله: و لا یکنی:

ممکن است کسی بگوید: برای رفع ید کردن از بیع فضولی و ابطال آن دو راہ وجود دارد:

۱- بہ قصد ردّ و ابطال آن تصرفات مذکور را انجام دہد.

۲- انشاء ضدّ کند یعنی مثلاً بدیگری بفروشد یا در معرض بیع قرار دہد کہ اینہا با فعل (بیع فضولی) ضدّان هستند و نمی شود کہ ہم بیع فضولی صحیح باشد و مبیع ملک اصیل شود و ہم معاملہ دوّم مالک صحیح باشد و مبیع ملک دیگری شود. حال لازم نیست قصد ردّ باشد تا بگوئید: در ما نحن فیہ نیست چون التفات ندارد، بلکہ کافی است انشاء ضدّ کند و بدین وسیلہ خود بہ خود معاملہ فضولی فسخ شود. مرحوم شیخ می فرماید: این کافی نیست زیرا آن مقدار کہ دلیل دارد این است کہ: پس از ردّ بیع

فضولى اجازه نمى آيد، و ردّ از عناوين انشائى است و بدون قصد صدق نمى كند و اينجا قصدى نيست. اما مجرد انشاء ضدّ دليل بر بطلان فضولى و عدم قابليتّ لحقوق اجازه نيست (و بر فرض شك از اصالة بقاء لزوم و قابليتّ كه در اوّل مسأله ردّ عنوان شد استفاده مى كنيم).

قوله: نظير:

ظاهر تنظير آن است كه براى عدم كفايت نظير مى آورند و مى خواهند بگويند: ما نحن فيه نظير اين موردى است كه ذكر مى كنيم، ولى مرادشان تنظير براى كفايت است يعنى اگر مى خواهيد بدانيد كجاها بدون قصد و التفات هم تأثير مى آيد ما براى شما آن نظير را مى آوريم و آن در باب طلاق است كه اگر مردى زوجه اش را به طلاق رجعى مطلقه ساخته و پس از مدّتى در حال عدّه يادش رفته و به كلّى طلاق را انكار مى كند، فقهاء به تبع روايت فرموده اند: همين انكار رجوع است با اينكه او اصلاً التفات به طلاق ندارد تا قصد رجوع داشته باشد معذلك بدون التفات هم حكم به رجوع كرده اند ولى اين دليل خاص دارد كه صحيحه ابى ولاد باشد (سألت ابا عبد الله عليه السلام عن امرأة ادّعت على زوجها أنّه طلقها تطليقة طلاق العدة... ثم انكر الزوج بعد ذلك فقال عليه السلام ان كان انكر الطلاق قبل انقضاء العدة فإنّ انكاره للطلاق رجعة لها...)

قوله: نعم:

اگر در عقود جايزه (عقد خياري و غيره) ثابت شود كه تصرّفات مذكور ولو در غير حال التفات كفايت مى كند و موجب فسخ مى شود، در ما نحن فيه و بيع فضولى به طريق اولى حكم به كفايت كردن و موجب فسخ شدن بيع فاسد و تعريض البيع و... مى كنيم (وجه اولويتّ قبلاً در دليل سوّم بر قسم اوّل ذكر شد) ولى مع الأسف در آنجا ثابت نشده تا در اينجا قياس اولويتّ درست شود. پس به نظر ما مسأله (تأثير تصرفات مذكور در غير حال التفات، در فسخ) محلّ اشكال است كه موجب فسخ باشد.

قوله: بل:

نه تنها قسم ثانى از دو قسم بخش سوّم از تصرّفات مبتلا به اشكال شد و موجب فسخ بودن آن ثابت نشد، بلكه قسم اوّل از آن دو قسم نيز محلّ اشكال است كه تصرّف در حال التفات هم موجب فسخ باشد و قابليتّ لحقوق اجازه را نداشته باشد. وجه اشكال آن

است که بعضی از معاصرین ادّعی اجماع کرده‌اند بر اینکه: همانطوری که در اجازه قول لازم است و باید قولی باشد تا مؤثر شود هکذا فسخ و ردّ هم باید قولی باشد و فعلی کافی نیست. پس تأثیر فسخ فعلی مشکل شد.

قوله: ولذا:

اینهم شاهی بر اشکال مزبور است که علامه در قواعد^۱ فرموده: اگر شخصی دیگری را وکیل کرد که مثلاً عبا را بفروشد، پس از مدّتی (اگر صریحاً او را از وکالت عزل کرد، وکالت باطل می‌شود. ولی اگر به جای فسخ قولی) اقدام کرد و خودش عبا را فروخت (چنانچه بیع صحیح و جامع شرایط انجام داده قطعاً بیع صحیح است و وکالت خود به خود باطل می‌شود چون موضوع ندارد. ولی اگر) به بیع فاسد آن را فروخت و جاهل به فساد هم بود (پس به طریق اولی اگر عالم به فساد بود) بدین وسیله آن وکالت باطل نمی‌شود (با اینکه مفروض کلام در مورد التفات و توجّه است معذک فعل کذائی موجب فسخ نیست) پس باید فسخ قولی باشد و فسخ فعلی کافی نیست. جناب فخر الدین^۲ و محقق ثانی^۳ هم این اعتراض علامه را تایید و امضا کرده‌اند.

قوله: والحاصل:

حاصل کلام از اوّل مسأله ردّ تاکنون بر قرار ذیل است:

در رابطه با ردّ بیع فضولی پنج فرض ذکر شد:

۱- ردّ قولی: قدر متیقّن از فسخ و ردّ همین فسخ قولی است.

۲- فعل و تصرّفی که ناقل و مخرج بوده و مبیع را از ملک مالک خارج کند و موجب تفویت محلّ اجازه شود چه به قصد ردّ این کارها را بکند یا نه. اینها اگر به قصد ردّ نباشند مستقیماً ردّ بیع نمی‌باشند ولی موضوع اجازه منتفی می‌شود.

۳- تصرّفاتی که ولو مخرج از ملک نیستند ولی به قصد ردّ بیع فضولی انجام شده‌اند، اینها هم فسخ فعلی هستند.

۴- تصرّفاتی که مخرج نیستند ولی منافی هستند با نفوذ و تأثیر اجازه از اوّل عقد و به قصد ردّ هم انجام نشده‌اند اکتفاء به اینگونه تصرّفات برای ردّ بیع فضولی بر خلاف اصل

۱. قواعد، ج ۱، ص ۲۵۹. ۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۵۲.

۳. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۸۲.

(استصحاب بقاء لزوم یا قابلیت در اوّل مسأله) است و قابل قبولی نیست.

۵- تصرفاتی که نه مخرج از ملک می باشند و نه منافى با تأثیر اجازه هستند و نه به قصد ردّ انجام شده اند مثل تعريض بيع بدون التفات به بيع فضولى، اينها نیز فسخ و ردّ محسوب نمى شوند.

قوله: وكذا الوكالة:

باب وكالت نیز مثل باب بيع فضولى است و همان صور در اینجا هم متصور است، و لكن يك تفاوت دارند و آن اینکه: در این دو باب اكتفا به ردّ فعلی واضحتراست (شاید به این دلیل که در مثل بيع ادّعاى اجماع بر لزوم فسخ قولی داشتیم ولی در امثال وكالت وصایت، چنین ادّعاى اجماعی نشده و لذا اكتفا اوضح است).

قوله: واما الفسخ:

به طور کلی در مورد بيع فضولى سه عامل موجب فسخ است:

۱- ردّ قولی ۲- ردّ فعلی یعنی کاری که به قصد ردّ انجام می گردد ۳- فعلی که منافى است با صحّت و تأثیر اجازه بعدی ولو به قصد ردّ انجام نشود. اما فسخ عقود جایزه (که بقائاً متزلزل هستند) چه آنها که ذاتاً جایز هستند و ماهیت آن عقد جایز است (مثل هبه) و چه آنها که ذاتاً و ماهیتاً لازم می باشند ولی بالعرض جایز شده اند (مثل بيع خياری) منحصرأً در راه بیشتر ندارد

۱- فسخ قولی: به صراحت بگوید: من هبه را فسخ کردم، بيع را فسخ کردم و...

۲- فسخ فعلی: عملاً به قصد ردّ و فسخ، فعلی از افعال را انجام دهد، مثلاً مال موهوب را که به زید هبه کرده، به نیت ردّ هبه به بکر هبه کند یا بفروشد و... یا مبيع به بيع خياری را در مدّت خيار به مشتری دیگر بفروشد، اگر جاريه است و طى کند و... این کارها به قصد ردّ و بدین منظور انجام بگیرد.

و اما به صرف اینکه واهب یا ذی الخيار در مدّت خيار کاری انجام دهد که منافى با هبه یا بيع خياری است (مثلاً به دیگری هبه کند، بفروشد، وقف کند، عتق کند، و... که با بقاء هبه اوّل یا بيع اوّل سازگار نیست) ولی قصد ردّ نداشته باشد، کفایت نمى کند و موجب فسخ هبه یا بيع اوّل نمى شود، زیرا قانون متنافيين این است که اگر احد هما اوّل محقق شده دیگری محال و ممتنع خواهد بود نه اینکه دیگری بیايد و اوّلی را از بین ببرد

و در اینجا اول هبه و بیع آمده و متاع ملک متَّهَّب یا مشتری شده و تصرّفات مزبور که منافی است بعداً می آید و می خواهد آن بیع یا هبه را باطل کند و قانوناً خود اینها باید باطل باشند، پس معرّذ تنافی کافی نیست باید به قصد ردّ باشند تا کفایت کنند.

اگر شما بگوئید: پس چطور در بیع فضولی معرّذ فعل منافی را کافی دانسته و موجب فسخ بیع فضولی دانستید؟ خواهیم گفت: قیاس مع الفارق است زیرا در بیع فضولی آن کس که اقدام می کند و فعل مزبور را انجام می دهد خود مالک اصلی است (چون تا اجازه نکند از ملک او خارج نمی شود) و چون از مالک صادر شده به حکم الناس مسلطون تصرّفات او نافذ است و اینها که صحیح بود نوبت به اجازه بعدی و مؤثر بودن آن نمی رسد و وقتی اجازه نیامد خود به خود بیع فضولی هم نابود و منفسخ می شود. ولی در مورد عقود جایزه به معرّذ هبه یا بیع از ملک طرف خارج شد و او اجنبی است و لذا علی القاعده تصرّفاتش نافذ نیست و خود این کارها باطل است و اگر بخواهد صحیح باشد باید به قصد ردّ باشد که آنّا مّا قبل از این کارها، معامله خیاری یا هبه فسخ شود و تصرّفات مزبور در ملک خود شخص باشد.

قوله: ثمّ انّ الردّ:

حال که سخن از ردّ بیع فضولی شد این سؤال مطرح می شود که فایده ردّ بیع فضولی چیست؟ مرحوم شیخ می فرماید: یک فایده بیشتر ندارد و آن اینکه: تا ردّ محقّق نشده می تواند بیع فضولی را اجازه کند و همین که ردّ محقّق شده جای اجازه نیست و اجازه پس از ردّ تأثیری ندارد زیرا اجماعی است که اجازه اگر مسبوق به ردّ شد تأثیری ندارد، پس فایده و ثمره ردّ این است که: پس از آن اجازه تأثیری ندارد.

سؤال: آیا فایده دیگری هم دارد؟ ممکن است کسی بگوید: آری، فایده دیگر آن است که اگر میان فضولی و مشتری اصیل قبض و اقباض صورت گرفته و فضولی مبیع را به مشتری داده است، در این صورت اگر مالک اصلی بیع فضولی را ردّ کرد می تواند مبیع را از مشتری بگیرد و اگر ردّ نکرد نمی تواند آن را پس بگیرد. مرحوم شیخ می فرماید: جواز انتزاع در گرو ردّ نیست بلکه تا زمانی که اجازه نکرده حقّ دارد پس بگیرد، خواه ردّ کرده باشد یا نه.

سؤال: آیا نفس این انتزاع و پس گرفتن مبیع از مشتری می تواند ردّ بیع فضولی از

سوى مالک محسوب شود؟ جواب: اگر همراه با قرائنى باشد که دالّ بر قصد ردّ باشند، آرى نفس اخذ هم ردّ است ولى اگر همراه قرائن نباشد مجرّد اخذ کردن ردّ نیست، بلکه اعمّ از قصد ردّ و قصدهاى ديگر است (مثل اينکه مبيع را مى گيرد تا به ثمن برسد و بتواند ثمن را دريافت کند). کما اينکه اگر زيد به بکر کتابى را هبه کرد و سپس لحظه يا لحظاتى آن را پس گرفت مجرّد اخذ رجوع در هبه و فسخ هبه محسوب نمى شود و شايد به قصدهاى ديگر باشد.

مسأله آثار اجازه بيع فضولى

اگر مالک اصلى بيع فضولى را اجازه کرد احکامى دارد که مبسوطاً در بخش اجازه گفته آمد و اما اگر مالک اصلى بيع فضولى را اجازه نکرد بلکه آن را ردّ کرد اين فرض نيز احکامى دارد که در اين مسأله مطرح است و آن اينکه: اگر چنانچه مبيع کماکان در دست خود مالک اصلى است و به دست فضولى يا مشتري نرسيده که بحثى نیست يعنى بدنبال ردّ بيع فضولى مطلب تمام است و پرونده اين بيع فضولى بسته مى شود و نه مالک اصلى مشغول الذمه مى شود و احکامى دارد و نه مشتري وظائفى دارد. و اما اگر مبيع در دست مالک اصلى نیست بلکه پيشاپيش که بيع فضولى صورت گرفت مبيع هم توسط فضولى به مشتري داده شد، در اينجا دو مقام از بحث مطرح مى شود:

١- احکام مالک اصلى با مشتري اصيل

٢- احکام مشتري اصيل با بايع فضولى

اما مقام اول: حکم مالک اين است که: يا عين مالش موجود است و يا در دست مشتري تلف شده است. اگر عين مال موجود و باقى است حکم آن است که: مالک اصلى در دست هر کس که آن را ببيند مى تواند مالش را انتزاع کند به حکم (الناس مسلطون على اموالهم، اينما وجده اخذه) و اما منافعى که در ظرف مدّت بيع فضولى براى عين بوده: منافع مستوفات (منافعى که مشتري آنها را استيفاء کرده و از آنها بهره بردارى کرده است). را مشتري ضامن است و مالک اصلى خسارت آنها را از وي مى گيرد. (به دليل مَنْ اتلف مال الغير فهو له ضامن) و منافع غير مستوفات (منافعى که در دست مشتري خود به خود تلف شده و کسى آنها را استيفاء نکرده) مورد اختلاف است که سابقاً در مسأله مقبوض به عقد فاسد گفته آمد و بنابر قولى مشتري اصيل اينها را نيز

ضامن است پس مالک اصلی پس از ردّ بیع فضولی هم خود عین را پس می‌گیرد و هم منافع آن را و اگر عین مال در دست مشتری تلف شده حکم آن است که: در دست هر کس تلف شده همان کس ضامن است و مالک اصلی حق دارد به او مراجعه کرده و از خسارت مالش را بگیرد، اگر مثلی بوده مثل را و اگر قیمتی بوده قیمت را دریافت کند، و در قیمی هم اختلاف بود: مشهور قیمت یوم التلف را معتبر می‌دانست، قولی هم اعلی القیم از یوم القبض تا یوم التلف را مطرح می‌کرد و احتمالات دیگری هم بود.

قوله: ولو كان:

بر فرض که اعلی القیم ملاک باشد اگر چنانچه مبیع مذکور چند دست گشته یعنی مشتریِ اوّل هم به مشتریِ دوّم فروخته و... چنانچه در دست همین مشتریِ اخیر که تلف شده، قیمت ترقّی کرد و به حداکثر رسید و دوباره تنزّل کرد و تلف شده، اعلی القیم را خود این مشتری ضامن است ولی اگر ارتفاع قیمت در دست مشتریِ قبل بود و بعد هم در دست او نقصان و تنزّل پیدا کرد و با همان قیمت نازل به مشتریِ اخیر رسید و در دست او تلف شد، این مشتری ضامن قیمت نازله است و آن مقداری که در سایه ارتفاع قیمت زیاد شده بوده ربطی به مشتریِ اخیر ندارد و مشتریِ قبلی ضامن است چون او ید پیدا کرد، و مشتریِ اخیر بر عالیترین قیمت سلطه پیدا نکرد تا به حکم علی الید ضامن باشد.

و اما مقام ثانی یا احکام مشتری با فضولی: در اینجا هم دو مرحله بحث داریم:

۱- در اصل ثمن: مبلغی را که مشتری به فضولی به عنوان ثمن داده آیا پس از اینکه مالک اصلی مبیع را از او گرفت، وی حق دارد به فضولی مراجعه کرده و ثمن را اخذ کند یا نه؟

۲- در مقدار زیادی: منافع مستوفات و غیر مستوفات را که خسارت کشیده و نیز اعلی القیم و مقدار زاید بر قیمت اصلی را که داده آیا حق دارد از فضولی بگیرد یا نه؟ این دو مقام به عنوان دو مسأله در اینجا مطرح می‌شود.

مسأله اوّل: مسأله اول از دو مسأله درباره رجوع به اصل ثمن است، و این که آیا مشتری حق مراجعه به فضولی دارد؟ خود این مسأله دو مقام دارد: ۱- فرض جهل مشتری به فضولی بودن ۲- فرض علم به فضولیّت.

اما فرض جهل: اگر مشتری جاهل به فضولی بودن بود و خیال می‌کرد که فضولی

مالك واقعی است و لذا اقدام کرده و با او معامله کرد و بعداً معلوم شد که وی فضولی بوده نه مالک، حکم آن است که چه ثمن باقی و موجود باشد و چه در دست فضولی تلف شده باشد در هر صورت مشتری حق رجوع به فضولی دارد و ثمن را که پرداخته از او پس می‌گیرد.

قوله: ولا یقدح:

اگر بگوئید: خود مشتری اصیل با عملش بنارا بر مالکیت فضولی گذاشته و به مالکیت او اقرار و اعتراف کرده (و اگر نه معامله محقق نمی‌شود) و اقرار عقلاء بر نفس خودشان نافذ است پس بعداً حق ندارد به فضولی مراجعه کرده و از او ثمن را دریافت کند.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: این اقرار به سه نحو است:

۱- اعتراف به مالکیت بایع بر قاعدهٔ ید مبتنی باشد یعنی مشتری ملاحظه کرد که بایع بر متاع ید و سلطه دارد و ید هم که شرعاً امارهٔ ملکیت است لذا بنارا بر مالکیت او گذاشته و او را مالک دانست و با او معامله کرد که غالباً چنین است. در این فرض پس از کشف خلاف (به سبب بیته و شهادت عدلین به غصبیت یا به سبب حکم حاکم یا قطع خود مشتری) ید و اماره ارزشی ندارد و کأن لم یکن شیئاً است و حق مراجعه دارد.

۲- اعتراف مشتری به مالکیت بایع نه بر اساس قاعدهٔ ید که بلکه بر اساس قطع مشتری باشد یعنی مشتری به هر دلیل و از هر راهی قاطع شده که این متاع ملک این بایع است حتی اگر بیته هم بر خلاف قائم شود یا حاکم هم بر خلاف او حکم کند و متاع را از او بگیرند و به مالک اصلی هم بدهند ولی وی از قطع خود خارج نمی‌شود، در چنین فرضی که نادر است حق مراجعه ندارد زیرا به عقیدهٔ مشتری، بایع مالک اصلی و معامله صحیح است و وی مالک ثمن شده آنگاه رجوع به او و اخذ ثمن ظلم و اجحاف و تعدی محسوب می‌شود و مشمول اکل مال به باطل است و حق ندارد از او اخذ کند.

۳- اگر معلوم نشد که آیا اعتراف مشتری به مالکیت بایع و سپس اقدام به معامله با وی بر چه اساسی بوده؟ آیا بر اساس قاعدهٔ ید بوده؟ یا به مقتضای قطع و جزم خودش بوده؟ آیا حق مراجعه دارد یا نه؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: دو وجه در اینجا موجود است: الف: ظاهر حال را ملاک قرار داده و بگوییم: وی به قاعدهٔ ید عمل کرده و ظاهر حال مسلم را در نظر گرفته که انشاء الله ملک خودش را می‌فروشد و لذا با او معامله کرده،

پس بعد از کشف خلاف حقّ رجوع دارد.

ب: ظاهر لفظ اقرار را ملاک قرار دهیم که دلالت بر واقع دارد و ظهور در اخبار از واقع دارد، چون اقرار اخبار از واقع است و ظاهرش این است که او از واقع خبر دارد و عالمانه اقدام کرده پس حقّ رجوع ندارد (البته این فرض غیر از بخش بعدی است که علم به فضولیّت باشد، در اینجا قطع به مالکیت بایع دارد البته قطعی که در واقع جهل مرکّب است).

قوله: وان كان عالماً:

و اما فرض علم: مشتری یقین دارد که فروشنده فضولی و غاصب است و معذک اقدام کرده و با وی معامله می نماید، در اینجا از سه ناحیه بحث می شود:

ناحیه اول: ما دامی که عین ثمن در اختیار غاصب است و هنوز تلف نشده و فضولی آن را به دیگری منتقل نکرده آیا مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و ثمن را استرداد کند یا نه؟ عده ای از فقهاء از قبیل: علامه^۱ فرزند علامه^۲ شهید اول^۳ شهید ثانی^۴ محقق ثانی^۵ بر آنند که آری حق مراجعه دارد، مرحوم شیخ هم صریحاً فتوی به استرداد و استعاده ثمن می دهند، و برای این مطلب دو دلیل می آورند:

دلیل اول: چیزی که شرعاً سبب مملک باشد و موجب انتقال ثمن به فضولی گردد حاصل نشده و وجهی برای انتقال و تملک فضولی نیست (نه هبه صحیحی صورت گرفته، نه بیع صحیح نه و صیّت و نه سبب دیگر) پس مادامی که ثمن در دست فضولی است کماکان ملک مشتری است و الناس مسلطون علی اموالهم پس هر کجا مالش را بیابد حقّ دارد آن را باز ستاند.

قوله: والتسلیط:

اگر بگوئید: خود مشتری دو دستی ثمن را به فضولی داده و او را بر مالش مسلط کرده و اختیار هر نوع دخل و تصرفی را به وی داده است آیا صرف تسلیط سبب نقل و انتقال

۱. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.

۲. دروس الاحکام، ج ۳، ص ۱۹۳.

۳. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۷.

۴. ایضاح القوائد، ج ۱، ص ۴۱۸.

۵. مسالک الانهام، ج ۳، ص ۱۶۰.

نیست در جواب می‌گوییم: خیر، مجرد تسلیط باعث تملک نمی‌شود و گرنه در بیع فاسدی هم که میان دو مالک انجام می‌گیرد و قبض و اقباض هم می‌شود (مقبوض به عقد فاسد) تسلیط هست پس باید حکم به مالکیت مشتری نسبت به مثن و بایع بر ثمن بکنیم در حالی که در مقبوض به عقد فاسد چنین حکمی نکردیم بلکه فتوا به ضمانت دو طرف نسبت به مال مأخوذ دادیم، پس مجرد تسلیط علت تامه ملکیت نیست و گرنه به حکم العلة تعمم در مقبوض به عقد فاسد هم باید چنین می‌بود.

قوله: ولان:

دلیل دوم: اگر در همین فرضی که مشتری با علم به غصبیت معامله کرد و ثمن را به بایع فضولی داد و هنوز ثمن در دست غاصب موجود است، مالک اصلی بجای ردّ (که مفروض بحث ما است) معامله را امضاء می‌کرد آیا اجازه صحیح و مؤثر بود یا نه؟ قطعاً صحیح بود و به دنبال آن ثمن در ملک مالک اصلی داخل می‌شد در حالی که اگر به مجرد تسلیط به فضولی منتقل شده و ملک او گشته بود، مالک اصلی از آن اجنبی می‌شد و اجازه او تأثیری نداشت. پس فتوای مشهور به صحّت و تأثیر اجازه در فرض مزبور دلیل آن است که: هنوز ثمن به فضولی منتقل نشده.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به این که: بر مسلک نقل مشکل داریم و اجازه نمی‌تواند بیاید ولی بر مسلک کشف که مشکلی نیست زیرا قبل از تسلیم و تسلیط ثمن به فضولی، مالک اصلی آن را تملک کرده و مشتری مال مردم را در اختیار فضولی گذاشته و بی جهت به وی تسلیم کرده است. و شاید اشاره باشد به این که: تسلیط مراعا سبب ملکیت است و در فرض بحث که مالک اجازه نداده بلکه ردّ کرده شرط تسلیط که عدم اجازه مالک بوده حاصل شده و لذا فضولی مالک شده و مشتری اصیل حق ردّ ندارد.

قوله: و هل يجوز:

ناحیه دوم: آیا بایع فضول (که خود می‌داند فضولی و غاصب است) شرعاً حق دارد در ثمن تصرف کند و به صرف تسلیط مشتری مجاز است از ثمن استفاده کند یا نه؟ دو وجه بلکه دو قول در مسأله وجود دارد:

۱- آری مجاز است زیرا مالک اصلی (مشتری) خودش این اذن و اختیار را به او

داده و او را بر مال خویش مسلط کرده است. و لا یَحِلُّ مال امرء مسلم الا بطیب نفسه.

۲- خیر، مجاز نیست و حق تصرف ندارد، به این دلیل که چنین تصرفی اکل مال به باطل است یعنی تصرف در مال مردم بدون اجازه شرعی (مجاز شرعی یا مالکیت است یا اذن مالکی که از آن به اباحه مالکيه تعبیر می شود و یا اذن شرعی که همان اباحه حکمی باشد، و در ما نحن فیه هیچکدام نیست زیرا نه مالک است، نه اباحه مالکی دارد چون اباحه مالکی به ازاء تملک مثنی بوده که فرضاً حاصل نشده، و نه اباحه شرعی دارد چون هیچ دلیلی شرعاً ندارد.)

مرحوم شیخ همین قول را تقویت می کند.

قوله: واما لوکان:

ناحیه سوّم: اگر به هر دلیلی ثمن در دست فضولی تلف شد (قهری و به آفت سماوی یا عمدی و با اتلاف غاصب) آیا پس از تلف، مشتری حق مراجعه به فضولی دارد؟ و می تواند از او بدل مالش را مطالبه کند؟ مشهور فقهاء فتوی به عدم جواز رجوع داده اند، و عده ای از قبیل: علامه^۱ ولد علامه^۲ محقق ثانی^۳ شهید ثانی^۴ ادعای اجماع کرده اند. و مختار شیخ اعظم نیز همین است و دلیل مطلب از زبان جمع مذکور آن است که: مشتری فضولی را مجاناً و بلا عوض بر مال خویش مسلط کرده پس حق مراجعه و مطالبه بدل ندارد. مرحوم شیخ در توضیح استدلال مذکور می فرماید:

ادله ای که موجب ضمان بایع فضولی گردد عبارتند از: ۱- قاعده ید (علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی) ۲- قانون اقدام بر ضمان (که در مسأله مقبوض به عقد فاسد به عقد شیخ طوسی و جماعتی برای حکم به ضمان از این قاعده استفاده کردند.) و هیچکدام از این قواعد در مورد بحث ما جاری نیست تا حکم به ضمان فضولی کند.

اما حدیث علی الید: این قانون به سه باب دیگر قطعاً تخصیص خورده و اگر به آن موارد تخصیص خورده پس تخصیص به ما نحن فیه به طریق اولی خواهد بود. بیان مطلب: آن سه مورد عبارتند از:

۱. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

۲. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۱.

۳. مسالك، ج ۳، ص ۱۶۰.

۴. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۷.

الف: باب و دیعة:

اگر شخصی مالی را نزد کسی به امانت گذاشت و از او خواست تا این مال را برای صاحبش حفظ کند (سخن از محافظت و نگهداری است نه تصرف در مال) چنانچه افراط و تفریط صورت نگرفت و مال خود به خود تلف شد، شخص و دَعِی ضامن نیست، و عموم علی الید ما اخذت به این مورد تخصیص خورده است.

ب: باب عاریه: اگر رفیقی کتاب یا ماشین خود را به رفیقش عاریه داد تا از آن انتفاع برده و سپس به صاحبش برگرداند (باز اختیار عین مال را ندارد و باید مراقبت کند و آن را برای صاحبش حفظ کند و ضمناً به مقداری که مجاز است استفاده کند).

چنانچه مال مورد عاریه بدون افراط و تفریط در دست مستعیر تلف شد، وی ضامن نیست. باز هم عموم علی الید تخصیص خورد.

ج: باب اجاره: عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و باید در حفظ آن بکوشد و ضمناً از منفعت آن هم استفاده کند، باز اگر عین مال بدون تقصیر. کوتاهی مستأجر در دست او تلف شد وی ضامن نیست (لیس علی الامین الا الیمین) و برای بار سؤم قانون علی الید تخصیص خورد.

د: ما نحن فیه: اگر در سه مورد قبل ضمانت نیست پس در ما نحن فیه که تسلیط مشتری باشد به طریق اولی ضمانت نیست چون اصلاً تسلیم و اقباض برای این است که فضولی در آن ثمن تصرف کند و مطلق العنان باشد نه برای محافظت و مواظبت.

قوله: و دعوی:

مستشکل می‌گوید: درست است که مشتری ثمن را به فضولی داد و او را بر ثمن مسلط کرد ولی تسلیط مجائی که نبوده تا شبیه هبه فاسده باشد که چون صحیح آن موجب ضمان نیست فاسد آن هم موجب ضمان نباشد (به حکم ما لا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) بلکه تسلیط در برابر عوض بوده و عوض سالم نمانده و به دست مشتری نرسیده پس حق دارد ثمن یا بدل را پس بگیرد.

قوله: مندفعه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: درست است که در ظاهر تسلیط به عوض بوده نه مجائی ولی تسلیط به کدام عوضی؟ به عوض که ملک غیر است و خود مشتری هم از آن خبر دارد و

معذک ثمن را به فضولی می دهد و بنا را بر ملکیت او می گذرد، پس در حقیقت مشتری فضولی را بر عوض از جیب خود فضولی تضمین معاملی و الزام مبیعی نکرده بلکه بر عوض از جیب دیگری تضمین کرده و این موجب ضمانت او نمی شود و حقاً شبیه سه باب زیر است و باطناً تسلیط مجانی است:

۱- باب هبه فاسده که صحیح آن ضمان آور نبود فاسدش هم کذلک.

۲- بیع بلا ثمن که اگر صحیح بود ضمان آور نبود حالا که فاسد است کذلک.

۳- باب اجاره بلا اجرت که اگر صحیح بود موجب ضمان نبود حالا هم که فاسد است کذلک، و اما قانون اقدام: با جوابی که از اشکال مستشکل دادیم، وضع این قاعده هم روشن شد و آن این که: درست است که فضولی اقدام بر ضمان کرده و به عهده گرفته که متاع را بدهد ولی ضمان بر عهده خودش یا عین مال خودش بلکه بر متاع غیر، و مشتری هم از این وضعیت خبر دارد، پس در حقیقت نه مشتری او را ضامن کرده و نه او تضمین جدی داده تا ضامن باشد، آن اقدام بر ضمان که اثر داشته باشد محقق نشده و آن که محقق شده نسبت به مال غیر است که ربطی به فضولی ندارد و ضمان برای او نمی آورد و اثر ندارد، پس از این راه هم نمی توان حکم به ضمان او کرد.

(بعضاً قاعده اتلاف را هم عنوان کرده اند که: من اتلف مال الغير فهوله ضامن ولی این دلیل اخص از مدعا است: مدعا مطلق تلف است چه قهری چه عمدی و دلیل مزبور خصوص تلف عمدی را شامل است.)

قوله: فان قلت:

حاصل سخن مرحوم شیخ این شد که تضمین حقیقی در کار نیست و اقدام بر ضمان نکرده بلکه تسلیط مجانی است و لذا اگر تلف شد ضامن نمی باشد، مستشکل به این مطلب اشکالی دارد:

مقدمه: سابقاً در مسأله سوّم از مسائل بیع فضولی (که فضولی مال مردم را برای خودش معامله می کرد) اشکالهایی مطرح بود یکی از اشکالها این بود که فضولی قصد معاوضه حقیقی ندارد بلکه قصد معاوضه صوری دارد (زیرا معاوضه حقیقی آن است که مثنی از ملک هر کس خارج شد ثمن در ملک همان کس داخل شود نه اینکه ثمن به ملک دیگری داخل شود.) ولذا بیع فضولی باطل است. در جواب اشکال گفته آمد که

فضولى اوّل بنا را بر مالکیت می‌گذارد (اعتقاداً یا عدواناً) و خود را مالک می‌بیند بدنبال این بنا گذارى، به عنوان اینکه مالک است انشاء تمليک می‌کند و حقیقتاً و جدّاً انشاء تمليک می‌کند. با این مقدمه می‌گوییم: درست است که فضولى مالک نیست و مشتری هم این را می‌داند، و لکن هم فضولى که اقدام به بیع مال مردم می‌کند بنا را بر مالکیت خویش می‌گذارد تا بتواند قصد معاوضه نماید و هم مشتری بنا را بر مالکیت او می‌گذارد تا بتواند با او معامله کند و از او قصد تملک کند (البته این بنا گذاريها مورد امضای شارع نیست ولى معمولاً غاصبين و سارقين کارى به حکم شارع ندارند، آنها خود را مالک دانسته و اجناس مسروقه و اموال مغصوبه را معامله می‌کنند.) و وقتى بنا را بر مالکیت گذاشتند بدنبال آن هنگامى که باياع می‌گويد: بعتک... به عنوان مالک می‌گويد و مشتری که می‌گويد: اشتريت منک... به عنوان اینکه او را مالک می‌داند چنین می‌گويد، با این حساب تسليط مجانى نیست بلکه به عوض است و هر کدام ديگرى را ضامن عوض قرار می‌دهند و تضمين مزبور یک تضمين حقيقى است که از مالکیت ادّعائى سر چشمه گرفته است و اگر ضمانت واقعى شد چنانچه يکى از دو عوض سالم نماند و مالک اصلى آن را استرداد کرد عوض ديگر هم سالم نمی‌ماند و مشتری حق دارد مراجعه کند و عوض ثمن تالف را از فضولى اخذ کند.

سپس مستشکل تنظير می‌کند و می‌گويد: فرض ما صورت علم مشتری به غصبیت بود، حال اگر مشتری جاهل به غصبیت بود و خيال می‌کرد که واقعاً فروشنده مالک اصلى است و اقدام کرد و با او معامله نمود و ثمن را به او تحويل داد و او هم ثمن را تلف کرد و بعداً کشف خلاف شد و معلوم گردید که فروشنده فضولى بوده و مالک اصلى معامله را ردّ کرد آیا مشتری حق دارد به فضولى مراجعه کرده و بدل مالش را از او بگیرد؟ به اتفاق همه فقهاء حق مراجعه دارد. حال در اینجا هم تضمين بر مال واقعى فضولى نبوده بلکه بر مضمن معين خارجى بوده که در واقع ملک مالک اصلى بوده. و همانطوری که در این مورد تضمين حقيقى است ولى منشأش اعتقاد به مالکیت است که کشف خطأ آن به تضمين ضرر نمی‌زند، هکذا در ما نحن فيه (فرض علم) تضمين حقيقى است ولى منشأش بنای عدوانی بر مالکیت است. پس تسليط مجانى نیست تا ضامن نباشد.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ نخست از اصل اشکال جواب می دهند و سپس از تنظیم مزبور:
 اما از اصل اشکال: می فرماید: ما اوّل برای شما ضمان را معنی کنیم تا بعد ببینیم در ما نحن فیه ضمان حقیقی هست یا نه؟ ضمان عبارتست از: بودن چیزی بر عهده ضامن بدین معنی که درک و خسارت آن شیئی بر عهده ضامن است و وی باید تدارک کند. آنگاه در مواردی که مضمون به، مالی از اموال خود ضامن باشد ضمان معنی دارد و وی به عهده گرفته که از مال خویش بپردازد، اما در موردی که مضمون به مال دیگران (مثل ما نحن فیه) است و طرفین هم می دانند که مال دیگری است معذک است معامله می کنند ولو صورتاً تضمین هست (تضمین معاملی) ولی ضمان حقیقی در کار نیست و بایع چیزی بر عهده نگرفته است و بناگذاری متعاقدين بر مالکیت عدوانی هم حداکثر این نقش را دارد که طرفین بتوانند به طور جدّ انشاء تملیک و تملک کنند و گرنه معاوضه حقیقی میان دو مالک اصلی است، ضمانت واقعی هم میان آن دو است و بر فرض اجازه، مالک اصلی ضامن ثمن است. پس ضمان حقیقی برای غاصب نیست پس تسلیط او تسلیط به عوض نیست بلکه مجانی است. و اگر ثمن در نزد او تلف شد وی ضامن نیست.

و اما نظیری که آوردید: قیاس فرض علم به فرض جهل مرکب و اعتقاد به خطامع الفارق است زیرا در فرض اعتقاد به مالکیت از اوّل طیب نفس مالک به این عنوان بود که خیال می کرد مضمن ملک او می شود و عوضی در کار است راضی شد ولی بعداً که کشف خلاف شد، طیب نفس دیگری در کار نیست و لذا تصرف فضولی در ثمن بدون طیب نفس مالک بوده و ضامن است. ولی در فرض علم به غصبیت طیب نفس مالک به تصرف و اتلاف (آنهم بدون تضمین مالی از سوی بایع) موجود است و وی حق دارد تصرف کند و اگر تصرف کرد ضامن نیست.

قوله: ومما ذکرنا:

ماده نقض دیگر: مستشکل می گوید: ما نحن فیه که مشتری اصیل با علم و عمد ثمن را در اختیار فضولی گذاشته و او را بر ثمن مسلط کرده همانند موردی است که دو مالک اصلی با یکدیگر معامله می کنند و مشتری می داند که این معامله فاسد و باطل است و واجد شروط صحّت نیست و معذک ثمن را به بایع تسلیم می کند و در مقابل بایع را ضامن

می‌کند به چیزی که می‌داند که او ضامن نمی‌شود. یا بایع علم به فساد دارد و معذک مثن را به مشتری می‌دهد و او را ضامن می‌کند به چیزی که او ضامن نمی‌شود و گویا اصلاً تضمینی نیست و مجاناً تسلیط کرده است. ولی معذک کله فقهاء فتوی به ضمان داده‌اند و فرموده‌اند اگر ثمن در دست بایع تلف شد ضامن است، اگر مثن در دست مشتری تلف شد ضامن است حال همانطوری که در این موارد با اینکه حقیقتاً تضمینی نیست ولی حکم به ضمان شده است هکذا در ما نحن فیه هم حکم به ضمان بایع فضولی می‌شود.

قوله: وجه الفساد:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از جوابی که در ماده نقض اول ذکر کردیم جواب این ماده نقض هم داده می‌شود و آن اینکه: قیاس مع الفارق است زیرا در مورد بیع فاسد از طرف مالک‌های اصلی تضمین حقیقی وجود دارد و مشتری حقیقتاً بایع را ضامن به پرداخت مثن می‌کند و هکذا بایع، چرا که مضمون به، مال واقعی خود ضامن است منتهی فساد عقد، مانع از نفوذ و تأثیر این ضمانت و تضمین است در نظر شارع مقدس، و وقتی شارع مقدس این ضمان خاص را (که ضمان به ثمن المسمی است) امضا نکرد اصل ضمان (به قیمت واقعی و ثمن المثل) از بین نمی‌رود و به حال خود باقی است به دلیل قانون اقدام شخص (بایع یا مشتری) بر ضمان حقیقی و یا به دلیل قانون ید که طرف بر مال طرف دیگر ید و سلطه یافته بدون اینکه مجاناً در اختیار او گذارده باشد یا به صورت امانت به او داده باشد. ولی این حرفها در ما نحن فیه (بیع فضولی با علم مشتری به فضولیت) نیست و تضمین حقیقی در کار نیست و چنانکه مبسوطاً بیان شد تسلیط مجانی است و هیچکدام از دو قانون اقدام و علی‌الید در اینجا جاری نیست. پس قیاس مع الفارق است.

قوله: و حاصله:

اگر می‌خواهید ما نحن فیه را تشبیه کنید، به این تشبیه کنید که دو نفر با یکدیگر معامله می‌کنند ولی مشتری به جای اینکه پول را به فروشنده واقعی بدهد به فرد ثالثی که می‌داند او اجنبی است و مالک نیست می‌پردازد و او را بر این پول مسلط می‌سازد و او هم در ثمن تصرف کرده و آن را اتلاف می‌کند، که اگر مالک اصلی معامله را رد کرد مشتری حق مراجعه به شخص ثالث ندارد، در بیع فضولی هم مطلب از این قرار است.

قوله: نعم:

تبصره‌ای برای مادهٔ نقض دوّم است و آن اینکه: دو مالک اصلی که معاملهٔ فاسد انجام می‌دهند گاهی فساد بیع آنها به خاطر این است که عوضین هر دو مالیت دارند و قابل تملک هم هستند ولی فاقد برخی از شروط صحّت بیع می‌باشند مثلاً مکیل یا موزون را به کیل یا وزن نفروخته است. در این فرض حکم همان است که ذکر شد که ضمانت بود. ولی گاهی فساد بیع به خاطر مالیت نداشتن یکی از عوضین و قابل تملک نبودن آن است فی المثل شخصی مقداری خمر یا خنزیر یا انسان حرّی را به دیگری می‌فروشد و مشتری هم می‌داند که اینها مالیت ندارند و ثمن در برابر آنها واقع نمی‌شود و معذک اقدام می‌کند و ثمن را به فروشنده تحویل می‌دهد، چنین موردی مثل ما نحن فیه است که تضمین حقیقی نیست و اگر ثمن نزد بایع تلف شد وی ضامن نیست و مشتری حقّ مراجعه به وی را ندارد. و جناب کاشف الغطاء هم در شرح قواعدش^۱ بدان تصریح کرده است.

قوله: ولکن:

از آغاز فراز «و اما لوکان تالفاً» تا اینجا همهٔ سعی و تلاش مرحوم شیخ بر این بود که اگر مشتری می‌دانست که بایع فضولی است و معذک با او معامله کرد و ثمن را به او تسلیم نمود و او هم ثمن را تلف کرد، ضامن نیست و ادلهٔ ضمان (قاعدهٔ ید، قانون اقدام) اینجا را شامل نیست و ضمان حقیقی وجود ندارد، ولی از اینجا تا پایان ورق برگشته و می‌فرمایند: به حکم قانون ضمان در مقبوض به عقد فاسد که می‌گفت: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»، بایع فضولی ضامن است، بیان مطلب: در اینکه منظور از موضوع این قاعده یعنی کلمهٔ «کل عقد»، چیست؟ چهار احتمال وجود دارد:

۱- کلّ عقد یعنی کلّ شخص عقد، هر عقد شخصی که در خارج واقع می‌شود مثلاً فلان بیعی که فلان دو نفر در فلان مال در فلان ساعت و مکان انجام می‌دهند، اگر قضیهٔ مزبور را اینگونه معنی کنیم باید کلمهٔ «علی فرض صحّه» را در تقدیر بگیریم و بگوییم:

هر شخص عقدى اگر صحيح بود يا بر فرض صحتش ضمان آور بود حالا هم كه فاسد است ضمان آور است، و علت تقدير مزبور آن است كه: عقد شخصى كه دو فرد ندارد تا بگوئيم: فرد صحيح آن كذا و فرد فاسدش كذا بلكه يك فرد و شخص بيشتر نيست و لذا بايد به صورت فرضى محاسبه شود،

طبق اين احتمال بايد گفت بيع فضولى در ما نحن فيه با بيع بلا ثمن و اجاره بلا اجرت همگى در عكس قاعده مزبور داخل مى باشند به اين معنى كه بيع فضولى كذايى اگر صحيح بود كه ضمان آور نبود و بايع فضولى ضامن نبود حالا هم كه فاسد است ضمان آور نيست، بيع بلا ثمن هم اگر صحيح بود كه مشتري ضامن نبود (مبيع نزد او تلف مى شد ضمانت نداشت) حالا هم كه باطل است ضمان آور نيست، اجاره بلا اجرت اگر صحيح بود ضمان آور نبود حالا هم كه فاسد است ضمان آور نيست. ولى از اساس اين احتمال باطل است زيرا مشتقات ظهور در فعليّت دارند و وقتى مى گوييم: صحيح كذا يعنى صحيح فعلى، فاسد كذا يعنى فاسد فعلى و عقد شخصى دو فرد بالفعل ندارد، پس اين احتمال مراد نيست.

٢- مراد صنف هر عقدى باشد يعنى هر صنفى از اصناف عقد كه صحيح آن ضمان آور مى باشد فاسدش نيز ضمان آور است مثلاً صنف عاريه مضمونه كه فرد صحيح و فاسد دارد صحيح آن ضمان آور است و فاسدش هم موجب ضمان است. طبق اين احتمال در ما نحن فيه بايد حكم به ضمان كرد زيرا صنف بيع فضولى كه دو فرد دارد صحيحش (مع الاجازه) ضمان آور است فاسدش هم ضمان آور است و هكذا در بيع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت.

٣- مراد نوع هر عقدى باشد يعنى فلان نوع (مثلاً بيع كه نوعى از عقود است، اجاره كه نوع ديگر است، نكاح كه نوع سوم است و...) صحيحش ضمان آور است فاسدش نيز ضمان آور است باز اگر نوع مراد باشد كلّى است و داراى فرد صحيح و فاسد است و در ما نحن فيه كه بيع فضولى باشد و اشباه و نظائر آن كه بيع بلا ثمن و اجاره بلا اجرت باشد مى گوييم: بيع يا اجاره صحيح ضمان آور است پس فاسدش هم ضمان آور است. و سابقاً مرحوم شيخ بنا به دلائلى فرمودند: از موضوع «كل عقد» اعمّ از صنف و نوع مراد است نه خصوص نوع و گر نه امثال صلح، عاريه و... را شامل نمى شد.

۴- مراد جنس عقد باشد که بر انواع مختلفه الماهیة قابل صدق است یعنی از کلمه کلّ عقد چیزی اراده شود که عقود گوناگون به منزله افراد آن عنوان باشند مثلاً منظور این باشد که هر معامله مالیه ای که مجانی نیست و عوض دارد که شامل بیع و اجاره و صلح معوض و هبه معوضه و... می شود و صحیح این ها ضمان دارد فاسدش هم کذلک، و متقابلاً هر معامله مالیه یا تملیک مالی مجانی (که شامل هبه غیر معوضه، صلح غیر معوض، بیع فضولی در ما نحن فیه، بیع بلا ثمن، اجاره بلا اجرت و... می شود) که صحیح آن (مثلاً هبه و صلح غیر معوض) ضمان آور نیست فاسدش هم (مثل بیع فضولی در ما نحن فیه و بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجرت) موجب ضمان نیست. که ما نحن فیه در عکس قاعده داخل می شود. (و به قول مرحوم سیّد: یعنی بان یراد من العقد القدر المشترك بین مثل البیع والهبة اذا كانا متماثلین من حیث کونهما معامله واقعة علی المال مجاناً فیکون المراد من العقد فی قولهم کلّ عقد... انواع اخر یكون نوعیتها من حیثیة اخرى غیر ما هو المتعارف، فالمعاملة المالیة المجاتیة نوع من المعاملة یكون تحته الهبة المجاتیة والصلح المجانی والبیع بلا ثمن فهی افراد لنوع واحد بهذا المعنی و ان كانت انواعاً مختلفة بحسب المتعارف و... و هكذا بالنسبة الی ما كان مع العوض فالبیع بلا ثمن والصلح المعاوضی والهبة المعوضه نوع واحد...^۱

قوله: فتأمل:

اشاره به ضعف احتمال چهارم است چرا که متبا در از کلمه «کلّ عقد» عبارتست از انواع متعارفی که مشتمل بر صحیح و فاسد هستند (مثل بیع، اجاره...) نه عنوان معامله مالیه مجانی یا تملیک مجانی که از کلمه «کلّ عقد» به ذهن نمی آید.

نتیجه: طبق احتمال اول و احتمال چهارم در ما نحن فیه (بیع فضولی با علم مشتری به فضولیت) بایع فضولی ضامن نیست ولی این دو احتمال باطل است و طبق احتمال دوم و سوم که صحیح بود در ما نحن فیه باید حکم به ضمان کرد نه عدم ضمان پس مشهور که فتوی به عدم ضمان دادند مستند و مدرک آنها خالی از اشکال نیست به حکم قانون کلّ عقد یضمن... (مرحوم سیّد فرموده: و لعمری انّ هذا من الغرائب فانّ القضية المذكورة

ليست مدلولاً لخبرٍ من الاخبار و لا مورداً للاجماع فمع فرض تمامية ما ذكره اولاً من وجه عدم الضمان لا يجوز العدول عنه بسبب هذا الاطلاق...^١

پس قضيه ضمان روى سه قاعده دور مى زند:

١- قاعده على اليد ما اخذت حتى تودى ٢- قاعده اقدام بر ضمان

٣- قانون كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده

و طبق محاسباتى كه تا به حال شد هر سه قاعده مبتلا به اشكال است و در نتيجه شك در ضمان مى كنيم و اصل عدم ضمان جارى مى شود و به اين دليل حق بامشهور است مگر كسى اصل دليل مشهور را قبول نكند كه نوع محشّين قبول نكرده اند و گفته اند: تسليط مشتري يك تسليط مجائى نبوده بلكه در مقابل عوض بوده پس ضمان معاملى هست و به حكم على اليد و غيره كه معامله را مى گيرد ضامن است.

قوله: لكن اطلاق...: اشاره به احتمال دوم و سوم است.

قوله: الا ان يفسر...: اشاره به احتمال اول است.

قوله: نعم يمكن...: اشاره به احتمال چهارم است.

قوله: ولذا لم يصرّح:

در اينجا شواهد و مؤيداتى ذكر مى شود مبنى بر تأييد حكم به ضمان و تضعيف رأى مشهور:

شاهد اول: در باب بيع بلائمن كه شبيه ما نحن فيه است (زيرا در آنجا هم تضمينى در كار نيست و مشتري به چيزى ضامن نشده) احدى از فقهاء تصريح به عدم ضمان نكرده است. پس حكم به عدم ضمان روشن نيست. البته بعدش مرحوم شيخ عبارتى دارد كه: «مع اتفاقهم عليه هنا»: اينجا دو نسخه وجود دارد: الف: عبارت بدون كلمه «هنا» باشد و ضمير عليه به ضمان برگردد و منظور اين است كه: نه تنها در بيع بلائمن احدى تصريح به عدم ضمان نكرده بلكه اتفاق و اجماع بر ضمان در كار است و بهتر بود بفرمايد: بل اتفقوا عليه على الضمان و مرحوم سيد همين را ذكر کرده^٢

ب: كلمه «هنا» باشد كه اشاره به ما نحن فيه است و ضمير عليه به عدم ضمان بر

٢. حاشيه سيد مكاسب، ص ١٧٨.

١. آدرس قبل.

می‌گردد یعنی در بیع بلائمن احدى تصریح به عدم ضمان نکرده ولی در ما نحن فیه اتفاق بر عدم ضمان است آنگاه این تعبیر نقص غرض است چون غرض تأیید و استشهاد بر ضمانت است نه عدم ضمانت و لذا این نسخه صحیح نیست مگر کسی بگوید: مراد این است که: ولو در ما نحن فیه ادعای اجماع بر عدم ضمان شده (چنانکه قبلاً از سوی عدّه‌ای این ادعا شده بود) ولی بدان اعتنا نمی‌شود چون بر خلاف قانونِ کُلِّ عقدِ یضمن... است و به هر حال به قول مرحوم ایروانی: این جمله از نوع لَغْز و معماگونه است^۱

شاهد دوم: در باب رشوه که شبیه ما نحن فیه است و از قبیل ثمنی است که مشتری به فضولی می‌دهد بعضی از فقهاء تصریح کرده‌اند به این که: شخص مرتشی ضامن است.

قوله: نعم:

آری شهید اوّل و غیر شهید اوّل در باب اجاره بلائمن حکم به عدم ضمان کرده‌اند که لازمه‌اش عدم ضمان در بیع بلائمن است (چون از یک وادی هستند) پس این که در بالا گفتیم: مع اتفاقهم علیه‌ای علی الضمان درست نیست (ضمناً این نعم استثنائی از شاهد اوّل است نه شاهد دوم).

شاهد سوم: اخبار و روایاتی است که می‌گوید: ثمن کلب و خمر سحت است^۲ که در واقع تشبیه است یعنی مثل سحت است و سحت یعنی باطل پس ثمن اینها از نوع اکل مال به باطل است و مشمول آیه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل»^۳ است و از راه حرمت اکل به باطل به ضمان رسیده و می‌گوییم: لازمه‌اش ضمان است. وجه استشهاد به این اخبار: در ما نحن فیه هم قبلاً گفتیم که تصرف فضولی در ثمن حرام است چون اکل مال به باطل است، پس لازمه‌اش ضمانت است و هوا المطلوب

قوله: وان امکن:

ولی از این شاهد جواب داده و می‌گوییم: منظور روایات تشبیه در تحریم است یعنی ثمن

۱. حاشیه مکاسب، ص ۱۴۶.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب ۱۴، ص ۸۳ حدیث اوّل و دوم.

۳. سوره بقره / ۱۸۸.

خمر و کلب مثل سحت است در حرمت (حکم تکلیفی) نه مثل سحت در عدم ضمان در فرض تلف (حکم وضعی) زیرا که اصل سحت یعنی خمر و کلب چنین است که اتلاف آن از سوی اجنبی حرام است و مع ذلک متلف ضامن نیست پس ثمن آنها هم مثل خود آنها است که تصرف در آن حرام است ولی متلف و متصرف ضامن نیست و ثمن که فرع است زائد بر مثنی که اصل است نخواهد بود.

قوله: ثم ان:

در اینجا چهار فرع را بر مبنای مشهور که فتوی به عدم ضمان دادند ذکر می کنند و می فرمایند: حتی بر مبنای مشهور هم در اینجاها جای ضمانت است (به استثنای فرع چهارم):

فرع اول اگر بایع فضولی مال مردم را برای مالک اصلی می فروشد و مشتری هم از این امر خبر دارد و ثمن را که به فضولی می دهد به قصد تسلیط او بر ثمن و تصرف او در ثمن نیست بلکه به قصد این است که: فضولی آن را به مالک اصلی برساند و واسطه در ایصال باشد در چنین فرضی اگر فضولی در ثمن تصرف کرد حتماً ضامن است زیرا دلیل عدم ضمان، تسلیط مجانی بود که در این فرع منتفی است. و شاید معقد اجماع فقهاء بر عدم ضمان فرضی باشد که فضولی مال مردم را برای خودش می فروشد نه این فرضی که در فرع اول مطرح است اگر چه برخی عبارات اطلاق دارد و بیع فضولی لنفسه و لغيره را شامل است و در هر دو حکم به عدم ضمان کرده اند.

فرع دوم: اگر مشتری اصیل با بایع فضولی معامله کردند و صرفاً عقدی انشاء شد ولی قبض و اقباضی صورت نگرفت و بدنبال آن بایع فضولی به لحاظ این که معامله ای صورت گرفته به خودش این حق و اجازه را داد که برود و ثمن را بر دارد و تلف کند و این کار را کرد باز هم ضامن است و مشتری حق دارد به او مراجعه کند چرا که فقط تسلیط عقدی صورت گرفته نه تسلیط خارجی و عملی پس مشتری به دست خودش بایع را بر مالش مسلط نکرده تا ضامن نباشد، و تسلیط عقدی اگر به عقد صحیح بود بایع حق اخذ داشت و ضامن نبود ولی حالا که عقد فاسد است حتماً ضامن است.

فرع سوم: اگر مشتری اصیل در متن عقد با بایع فضولی شرط کند که: اگر مالک اصلی معامله را رد کرد و مثنی را گرفت من هم به تو مراجعه کرده و ثمن را استرداد کنم

(شرط ضمن العقدی) باز با بایع فضولی ضامن است و اگر تلف کرده باید از عهده بر آید و شرط مزبور چون خلاف کتاب و سنت نیست لازم الوفا است.

فرع چهارم: تا به حال سخن از ثمن شخصی و معین بود حال اگر معامله روی ثمن کلی انجام شد و بعداً مشتری فردی از افراد کلی را در اختیار فضولی گذاشت و او را مسلط کرد و او هم تلف کرد آیا ضامن است؟

می فرماید: خیر ضامن نیست و تسلیط بر فردی از کلی مثل تسلیط بر ثمن شخصی است در اینکه با علم به فضولی بودن تسلیط مجانی است و ضامن نیست (البته بر فتوای مشهور)

مسئله دوم: مسأله اول راجع به رجوع مشتری به بایع فضولی بود جهت اخذ خود ثمن یا بدل آن و مسأله دوم درباره رجوع مشتری به بایع است برای اخذ آنچه که غیر از ثمن است و از سایر خسارتها و غراماتی که به مالک اصلی پرداخته و مخارجی که متحمل شده است، بطور کلی غرامتهای دیگر را به سه دسته تقسیم می کنیم:

۱- خسارتهائی که در مقابل عین مضمن متحمل شده، فی المثل مبیع در دست مشتری تلف شده و قیمت واقعی اش بیست دینار بوده ولی فضولی آن را به ده دینار فروخته بود و الان مالک اصلی از مشتری قیمت واقعی را دریافت می کند که مبلغ زائد بر اصل ثمن عبارتست از ده دینار، یا مثلاً قیمت مبیع در دست مشتری ترقی کرد و به اوج خود رسید و بعد تلف شد و به قولی اعلی القیم از مشتری دریافت شد که چند برابر ثمنی است که وی پرداخته بود، آیا مشتری حق دارد به بایع فضولی مراجعه کرده و این زیادهای را اخذ کند یا خیر؟

۲- غرامتهائی که در برابر منافع مستوفات پرداخته است، فی المثل در ظرف مدت یکماه که از فضولی خریده و از مبیع استفاده کرده و بعداً مالک اصلی رد می کند و اجرت سکناى منزل یا رکوب دابه یا و طی جاریه یا قیمت شیر و پشم حیوان یا قیمت میوه درخت را که مشتری استفاده کرده از مشتری می گیرد. آیا مشتری حق دارد به فضولی مراجعه کرده و این غرامتها را بگیرد یا نه؟

۳- مخارجی که در این مدت (از اول عقد تا لحظه رد) مشتری متحمل شده و از این بابت نفعی هم عائد او نشده است. فی المثل علوفه حیوان یا نفقه عبد و امه را پرداخته یا

مبلغی خرج عمارت و تعمیر منزل یا باغ یا ماشین کرده است، آنچه از مشتری تلف شده یا ضایع گردیده است مثلاً زمینی را خریده و نهال کاری کرده و الان مالک اصلی نهالهای او را از ریشه در آورده و به او می دهد و مقداری از نهالها می خشکد و از بین می رود، یا مبلغی که بابت حفره حفره و چاله و چوله شدن زمین به مالک اصلی پرداخته، یا کنیزی بوده و از مشتری صاحب فرزند شده و الان مبلغی را به عنوان قیمت فرزند می پردازد و یا نقصی در صفات عین (صفاتی که در زیاده و نقصان قیمت عین دخیل می باشند) پیدا شده و یا جزئی از اجزاء عین تلف شده و مالک اصلی همه اینها را از مشتری دریافت کرده آیا مشتری حق دارد به بایع فضولی مراجعه کرده و این خسارتها را از او دریافت کند یا خیر؟

(نکته: در حاشیه سید می خوانیم: يظهر منه أنّ الرجوع فی کل مورد یقال به بعد الاغترام فلو اراد الرجوع علی البایع قبل ان یغرمه المالك لیس له ذلک و منه یظهر عدم جواز رجوعه علیه اذا ابرئه المالك او دفع عنه متبرّع... نعم لو اخذ منه ثم ردّه علیه هبة او صدقة او نحو ذلک جازله الرجوع علیه و کذا لو حسبه خمساً او زکاة او صدقة او نحو ذلک بل و کذا لو هبة ما فی ذمته فانّ الهبة بمعنی التملیک نوع اخذ منه و کذا او صالحه عمّا علیه بشیئی قليل...^(۱))

مرحوم شیخ در رابطه با سه دسته مزبور در دو مقام بحث می کنند: ۱- فرض علم مشتری ۲- فرض جهل او.

اما مقام اول: اگر مشتری می دانست که بایع فضولی است و اقدام کرد و معامله کرد و بعداً مالک اصلی معامله را رد کرد و کلیه خسارتها را از او گرفت، او حق رجوع به بایع ندارد، چراکه هیچ دلیلی بر ضمان بایع و جواز رجوع مشتری به او وجود ندارد، و فرقی میان سه قسم مذکور نیست.

و اما مقام دوم: اگر مشتری، جاهل به فضولی بودن بایع بود و خیال می کرد فروشنده مالک واقعی است و لذا اقدام کرد و بعداً کشف خلاف شد، اینجا است که مرحوم شیخ هر کدام از سه دسته مذکور را جداگانه بررسی می کنند:

اما دسته سوم یا مخارجی که مشتری متحمل شده و در قبال آنها نفعی به او عائد

نشده است: فتوای مشهور این است که: مشتری جاهل حق رجوع به بایع فضولی دارد و جناب صاحب ریاض^۱ و صاحب کفایه^۲ ادعای شهرت کرده‌اند و بلکه جماعتی از فقهاء که ذیلًا نامبرده می‌شوند ادعای اجماع کرده‌اند: فخر الدین در شرح ارشاد^۳ علامه در تحریر^۴ و محقق ثانی^۵ و شهید ثانی^۶ هم در کتاب ضمان فرموده‌اند: اگر مشتری در زمین چیزهائی (نهال - ساختمان) احداث کرد و مالک اصلی آنها را قلع و قمع کرد بدون شک بایع فضولی ضامن است و مشتری حقّ مراجعه به وی دارد. و بالجمله تا آنجا که ما خبر داریم کسی در مسأله مخالف نیست.

ادله جواز رجوع یا دلائل ضمانت بایع فضولی:

۱- ادعای شهرت بلکه ادعای اجماعی که ذکر شد که برای عده‌ای آندو حجت هستند.

۲- قاعده غرور: (به قول مرحوم سیّد در حاشیه ص ۱۷۹: از قواعد مسلمّه قانون رجوع مغرور به غارّ است و احیاناً به پیامبر خدا ﷺ نسبت داده شده که فرموده‌اند: المغرور یرجع الی من غرّه و شهرت ضعف سند آن را جبران می‌کند.) این قاعده می‌گوید: شخصی که مغرور شده و فریب خورده است حق دارد به شخص غارّ و فریب دهنده مراجعه کند و این کبرای کلی بر ما نحن فیه منطبق است چرا که بایع فضولی موجب تغیر مشتری شده و او را در خطرات ضمانت افکنده است.

قوله: و متلف:

این جمله شاید عطف تفسیر جمله قبل و بیان قاعده غرور باشد که ظاهر عبارت همین را می‌رساند و شاید دلیل جدائی باشد که بایع فضولی متلف مال مشتری است و کبرای کلی این است: مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.

تشبیه: بایع فضولی همانند شاهد زور (کسی که به دروغ و ناحقّ شهادت می‌دهد) است که اگر علیه کسی شهادت داد و به سبب شهادت او مشهود علیه محکوم شد و مبلغی را پرداخت، سپس شاهد آمد و اعتراف کرد که به دروغ شهادت داده و از شهادت

۲. کفایة الاحکام، ص ۲۶۰.

۴. تحریر، ج ۲، ص ۱۴۲.

۶. مسالک، ج ۴، ص ۲۰۵.

۱. ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۰۷.

۳. در اختیار ما نیست.

۵. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۴۰.

خود عدول کرد، این شاهد ضامن است و مشهود علیه مبلغی را که پرداخته است از شاهد می گیرد.

۳- قاعده نفی ضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) بایع فضولی باعث ضرر بر مشتری شده است (بیان آن در دسته دوم از خسارات در ادامه خواهد آمد.) و به حکم قانون لا ضرر، مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و خسارت را از او دریافت کند.

۴- منطوق یا مفهوم موافقت روایت جمیل: روایت در مورد مردی است که کنیزی از بازار خریداری کرده و او را مستولده ساخته و سپس مستحق و مالک کنیز پیدا شده و معامله را رد می کند، امام علیه السلام می فرماید: حکم آن است که: کنیز را مالکش می گیرد و می برد و آقای مَبْتاع یعنی خریدار قیمت فرزندی را که آزاد است (به تبع پدرش که خود مشتری باشد) به صاحب جاریه می پردازد، سپس آقای خریدار به بایع فضولی مراجعه کرده و هم ثمن جاریه را که به او داده باز پس می گیرد و هم قیمت فرزند را که از مشتری گرفته شد از بایع می گیرد.^۱

قوله: فان:

وجه استدلال به این روایت: اولاً حریت ولد مشتری یا نفعی است که به مشتری عود می کند و از منافع مستوفات است و یا نفع محسوب نمی شود (چون مالیت ندارد) و در هر حال مطلوب ثابت است یعنی اگر نفع به حساب آید روایت بالمطابقه و مستقیماً به دسته دوم که خواهد آمد مربوط می شود و به مفهوم موافقت به درد دسته سوم (که الان مطرح است) می خورد، زیرا اگر خسارتهائی که در قبال منافع مستوفات داده می تواند از بایع بگیرد پس خسارتهای که در قبال منافع غیر مستوفات داده به طریق اولی می تواند بگیرد، و اگر نفع محسوب نشود مستقیماً و به ظهور و منطوق مربوط به مسأله ما است و دلیل بر ضمان بایع است نسبت به خساراتی که مشتری متحمل شده و در قبال آن نفعی به او عود نکرده است.

و ثانیاً در روایت کلمه قیمت ولد را به کلمه التی اخذت منه توصیف کرده و به قول اصولیین: تعلیق حکم بر وصف مشعر به علیت است، یعنی علّت مراجعه مشتری به بایع

برای قیمت ولد، آن است که قیمت ولد از مشتری اخذ شده، و به قول حضرات: العلة تعمم پس می توان گفت: هر آنچه که از مشتری اخذ شده است او هم می تواند از بایع فضولی اخذ کند چه قیمت ولد باشد و چه نفقه دایه باشد و چه تعمیر منزل و باغ باشد و... (مضافاً به اینکه در قیمت ولد خصوصیتی نیست و از باب مثال است یا از باب مورد سؤال بودن است و گر نه العبرة بعموم الجواب لا بخصوص السؤال)

(البته وجه ثانی قابل مناقشه است چرا که إشعار به علیت ارزش ندارد و باید نص یا ظاهر در علیت باشد و به همین دلیل در جمله وصفیه مشهور منکر مفهوم وصف شده اند.)

قوله: واما السكوت:

در برخی از روایات راجع به رجوع مالک اصلی به مشتری صحبت شده ولی راجع به مراجعه مشتری به بایع سخنی به میان نیامده است و روایات از این حیث ساکت است و ممکن است کسانی به استناد این روایات به عدم ضمان بایع فضولی حکم کنند، مرحوم شیخ ابتدا دو روایت را در این رابطه نقل می کنند و سپس پاسخ می دهند:

روایت اول روایت زراره است: مردی از بازار مسلمانان کنیزی را خریده و آن را به سرزمین خویش برده است و در آنجا کنیز از این مرد صاحب فرزندان گردیده و پس از مدتها شخصی پیدا شده و مدعی است که جاریه مال او بوده و فضولی فروخته است و بر این مدعا شاهد و بینه هم اقامه کرد، حکم چیست؟ امام علیه السلام فرمود: مشتری فرزندان خود را می گیرد و نزد خود نگهداری می کند و به او تعلق دارند و جاریه را به مالک اصلی مسترد می دارد و عوض آن مقدار از شیر و خدمات جاریه که استفاده، کرده مبلغی را که قیمت واقعی این منافع است به مالک اصلی می پردازد.^۱ (ملاحظه می کنید که سخن از رجوع مشتری به بایع فضولی نیست.)

روایت دوم روایت زُرَیق است که می گوید: روزی در محضر امام صادق علیه السلام بودم، ناگاه دو نفر بر حضرت وارد شدند، یکی از آندو عرضه داشت: مردی از قبیله بنی عمار از من مالی طلبکار بود و بابت طلبش از من نوشته گرفته بود و شاهدان هم حضور

داشتند، پس از مدتی طلبکار به من مراجعه کرده و طلبش را وصول کرد ولی من سهل انگاری کرده و نوشته را از او پس نگرفتم، و نوشته جدیدی هم از او نگرفتم، و شهود هم اقامه نکردم، و این همه بخاطر این بود که من به او وثوق و اطمینان داشتم و فقط به زبان گفتم: نوشته‌ای را که از من نزد شما است پاره کنید و دور بریزید، او رفت و سهل انگاری کرد و نامه را پاره نکرد تا اینکه مرد، بدنال مرگ وی ورثه او مرا به محاکمه کشیده و نزد حاکم بردند و نوشته را به حاکم نشان دادند و شهود هم شهادت دادند، و من محکوم شدم و چون مبلغ بسیار زیاد بود و نمی‌توانستم بپردازم، لذا از دست حاکم متواری شدم، قاضی کوفه که وضع را بدین منوال دید معیشت (باغی که مایه امرار معاش و گذران زندگی من بود) مرا فروخت و پولش را گرفت و تحویل ورثه داد. و اینک این مردی که کنار من نشسته و با هم به خدمت رسیده‌ام یکی از برادران ما است (شیعه است) که ندانسته اقدام کرده و معیشت مرا از قاضی خریده است. پس از مدتی ورثه میت پشیمان شده و اعتراف کرده‌اند که پدر مرحوم آنها طلبش را وصول کرده بود و آنها بیخود ادعا کرده‌اند و ورثه از این مشتری خواسته‌اند که معیشت مرا به من برگرداند و آنها هم در مقابل پولش را طی چند قسط معلوم بپردازند. ولی این مشتری در جواب آنها گفته: من دوست دارم به محضر امام صادق علیه السلام رسیده و از حضرتش بپرسم (و اینک من و این مشتری به خدمت شما رسیده‌ایم) آن مرد (مشتری) گفت: یابن رسول الله من چه کنم؟ امام علیه السلام فرمود: به ورثه میت مراجعه کن و پولت را بگیر و معیشت و باغ این مرد را هم به او برگردان و دست از این مال بردار، (از اینجا به بعد محل شاهد است) مشتری گفت: اگر من این کار را کردم (و معیشت او را به او رد کردم) آیا غیر از معیشت حق دارد از من مطالباتی داشته باشد؟ امام فرمود: آری آن مقدار که از محصولات باغ استفاده کردی و آنها را فروخته و پولش را گرفته‌ای و هر آنچه که در این باغ بوده در آن روزی که خریدی، همه را باید به صاحبش برگردانی، مگر زراعتی که کاشته‌ای که یا باید صاحب زمین قیمت زراعت شما را بپردازد و یا باید صبر کند تا وقت چیدن زراعت و اگر نخواهد صبر کند اختیار دست او است آنگاه قیمت تخمین زده شده و به شما پرداخت می‌شود و زراعت به صاحب زمین تعلق می‌گیرد مالک اصلی که در آنجا حضور داشت می‌گوید: از امام پرسیدم: اگر این شخص (مشتری) در زمین من ساختمانی احداث کرده یا نهالهائی

کاشته چه می شود؟ امام فرمود باید قیمت آنها را به او بدهی مگر اینکه نهالها را از ریشه در آورده و به مشتری بدهی، پرسیدم اگر از اوّل در آن زمین نهالی یا بنائی وجود داشت و من آنها را احداث کرده بودم و مشتری آنها را نابود کرده حکم چیست؟ امام فرمود: یا باید آنها را به حالت اوّلی برگرداند و یا قیمت آنها را به صاحب زمین بپردازد، هنگامی که مشتری تمام این منافعی را که از زمین برده به صاحب زمین ردّ کرد و نیز بنا و نهالها را برگرداند و هر آنچه در روز خریداری در زمین بوده همه را تأمین کرد متقابلاً بر صاحب زمین است آنچه از مخارج که مشتری متحمل شده و در جهت اصلاح و عمران باغ و دفع آفات و سموم از جیب خود داده همه را مالک اصلی تأمین کند.^۱ (تا به هیچکدام ضرری وارد نشود.) در این روایت هم سخن از مراجعه مشتری به بایع فضولی (قاضی کوفه) به میان نیامده.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ از این روایات چندین جواب داده اند:

- ۱- روایات در مقام بیان احکام مشتری و مالک اصلی است نه در مقام بیان احکام مشتری با بایع فضولی، پس به درداستفاده کردن این حکم از آن روایات نمی خورد.
- ۲- بر فرض که در مقام بیان حکم مشتری و بایع فضولی باشند ولی لفظی و تعبیری که در اینها نیست بلکه حدّ اکثر سکوت و عدم تعرّض است ولی ما روایاتی داشتیم که متعرّض بود و صریحاً حکم مشتری و بایع را بیان می کرد و آن روایت جمیل بود آنگاه از نظر فنی دلیل ساکت با دلیل متعرّض تعارضی ندارند زیرا تعارض در موردی است که دو دلیل هر دو متعرّض باشند و یکی نافی و دیگری مثبت باشد اما اینکه یکی ساکت و دیگری متعرّض باشد متعارض نمی شوند و ناطق مقدم است
- ۳- بر فرض در مقام بیان باشد و تعبیری هم باشد که به اطلاقش بر عدم ضمان بایع فضولی دلالت کند ولی روایت جمیل و مانند آن مقید است و قانون اطلاق و تقیید حکم فرما است.
- ۴- از همه اینها بگذریم، دو روایت مزبور در مورد منافع مستوفات است و بحث ما

در منافع غير مستوفات است).

۵. در خصوص روايت زرارۀ كه امام عليه السلام حكم بايع را متعرض نشده براى اين است كه: مشتري دسترس به بايع ندارد (از بازار خريده و به وطن خود برده و فروشنده را هم اصلاً نمى شناسد و آدرسى هم ندارد) و لذا متعرض نشد. و در روايت زريق هم بايع قاضى كوفه است آنگاه بيع او از دو حال خارج نيست: يا از ناحيه شارع منصوب است و قضاوت او به حق و صحيح و عادلانه است كه پس از كشف خلاف و اعتراف ورثه و خطاي قاضى، خسارتى متوجه به او نيست چراكه وى از ناحيه شارع حكم مى كند و طبق بينه و نوشته كه ميزان شرعى است حكم كرده و موجب غرور كسى نشده تا ضامن باشد و اگر قضاوت او باطل و به ناحق بوده (چنانكه ظاهر امر همين است چون در آن زمان ائمه عليهم السلام بسط يد نداشتند و حكومت در دست بنى عباس بود و قاضى قاضى جور بود) باز ظاهر قضيه اين است كه مشتري مى دانسته كه قضاوت قاضى كذائى باطل است (چون مشتري از شيعةان بوده و مذاق امام را مى دانسته) و معذلك اقدام كرده و خريده پس عالمأ به فساد معامله، اقدام كرده و فرض علم را اول بيان كرديم كه حق رجوع ندارد. پس اين روايات ساكنه هم به ضرر ما تمام نشد و حق اين است كه مشتري جاهل حق رجوع به بايع فضولى دارد و مخارجى را كه متحمل شده از وى پس مى گيرد.

و اما دسته دوم: غرامتهائى كه مشتري به مالك اصلى پرداخته در قبال منافع و نمائاتى كه عائد مشتري شده و از بيع استيفاء كرده است، آيا حق دارد بابت اين غرامات به بايع فضولى مراجعه كرده و از وى اين خسارتها را اخذ كند يا نه؟ مسأله مورد اختلاف است و دو قولى است ولى قول قويتر آن است كه حق مراجعه دارد و بزرگانى از قبيل شيخ طوسى^۱ و محقق اول^۲ و علامه و شهيد اول^۳ و شهيد ثانى^۴ و محقق ثانى^۵ و ديگران نيز همين رأى را دارند و فاضل مقداد در تنقيح^۶ فرموده: فتواى فقهاء بر رجوع است (كه بوى اجماع مى دهد) و دلائل رجوع عبارتند از:

۱. به نقل مفتاح الكرامه، ج ۴، ص ۱۹۹. ۲. شرائع، ج ۲، ص ۱۴.

۳. دروس، ج ۳، ص ۱۱۵.

۴. شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۳۸ و مسالك، ج ۳، ص ۱۶۰.

۵. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۲۶. ۶. التنقيح، ج ۴، ص ۷۵.

۱- قاعده غرور که از قواعد مسلم و متفق علیها است در این مورد که شخصی طعام شخص دیگر را به فرد ثالث تقدیم می‌کند (مثلاً برای مهمان می‌آورد) و شخص ثالث بدون اطلاع از غصیّت و به اعتقاد این که طعام خود میزبان است آن را می‌خورد، بعداً مالک اصلی پیدا شده و از آکل بهای طعام را می‌گیرد، در اینجا اجماع است که مهمان حق مراجعه به میزبان دارد زیرا او موجب غرور و فریب وی شده و المغرور يرجع الی من غره، و ما نحن فیه هم از این قبیل است که بایع فضولی موجب غرور مشتری گردیده و مشتری حق رجوع به وی را دارد.

۲- قانون نفی ضرر: قاعده کلی: شخصی مغرور شده و خیال کرده حق دارد مجاناً در فلان متاع تصرف کند و آن را تلف کند ولی بعداً معلوم شد که چنین حقی نداشته و در مال مردم را بدون اجازه تصرف کرده و ضامن است و مالک اصلی عوض را از مغرور گرفت در اینجا اگر بگوییم مغرور حق ندارد به غار مراجعه کند قطعاً ضرر است و به حکم لاضرر وی حق مراجعه دارد. ما نحن فیه هم صغرای این کبرای کلی است زیرا بایع فضولی موجب شده که مشتری مغرور شود و خیال کند متاع ملک خود او است و در آن تصرف کند و بعداً کشف خلاف شود و معلوم گردد که ملک دیگری بوده و مالک اصلی تمام خسارتها را از مشتری بگیرد، اگر بگوییم: مشتری حق مراجعه به فضولی ندارد ضرر عظیم خواهد بود و به حکم لاضرر حق مراجعه دارد.

ترجمه عبارت: غرامت کشیدن و خسارت پرداختن کسی که (مشتری) بر اتلاف چیزی (مبیع) اقدام کرده آنهم اتلاف یا اقدام بدون عوض، در حالی که این متلف توسط شخص دیگر (بایع فضولی) مغرور شده و خیال کرده که مجاناً حق اتلاف دارد، چنین تغریمی آنهم بدون حکم به رجوع متلف به مغرور کننده ضرر عظیم است و به حکم لا ضرر وی حق جبران دارد. پس حق مراجعه دارد.

کلمه «من دون عوض» متعلق به «من اقدم» است و کلمه «مغروراً» حال از فاعل اقدام است و «بأنّ له» باء سببیّت است و متعلق به مغروراً است و «من دون الحکم» متعلق به تغریم است و «ضرر عظیم» خبر «فانّ تغریم» است.

قوله: و مجزّر رجوع:

اگر کسی بگوید: در ما نحن فیه ضرری به مشتری اصیل متوجّه نمی‌شود (تا به حکم

قانون نفى ضرر، وى حق داشته باشد به بايع فضولى مراجعه کند.) زیرا که عوض شیئى به مشتری رجوع می کند (چون سخن از منافع مستوفات است یعنی منفعتى که مشتری استیفا کرده است و اگر غرامت می کشد و اجرت و عوض این منافع را به مالک اصلی می دهد در عوض خود این منافع مال او است.) مرحوم شیخ می فرماید: صرف رجوع عوض به مشتری دافعِ ضرر نیست (به بیان فراز بعدی)

قوله: كيف كان:

به عقیده مرحوم شیخ عرفاً بر ما نحن فيه ضرر و اضرار صادق است یعنی صدق می کند که مشتری متضرر شد و بايع فضولى موجب اضرار مشتری گردیده به ویژه در بعضی موارد حتماً اضرار صادق است (منظور این است که: گاهی مشتری از متاع در جهت ضروریات معاش استفاده کرده و الان خسارت می دهد، قدری صدق ضرر خفی است ولی گاهی زیاده روی کرده و در جهت تفریح و تفرّج و خودنمائی و... از متاع استفاده کرده یعنی چون خیال می کرد این ماشین مال خودش هست، شب و روز در جهت تفریح و غیره از آن استفاده کرده که اگر می دانست مال خودش نیست این استفاده ها را نمی کرد، چنین چیزی حتماً ضرر بر مشتری است و باعث بر این ضرر، بايع فضولى است.) و به حکم قانون نفى ضرر مشتری حق دارد بابت منافع مستوفات هم به بايع فضولى مراجعه کند.

قوله: فمافی الرياض:

مرحوم صاحب رياض فرموده: ما نیز قبول داریم که مشتری اصیل مغرور شده و بايع موجب غرور او گردیده است ولی قبول نداریم که هر مغرورى حق مراجعه به غار داشته باشد و هیچ دلیلی بر این اطلاق نداریم بلکه می گوییم: خصوص مغرورى که از ناحیه غرور متضرر باشد حق مراجعه دارد و در مورد منافع مستوفات چنین تضرری نیست چرا که عوض مبلغی که مشتری به مالک اصلی می دهد، به خود مشتری می رسد (منافعی که استیفا کرده) پس متضرر نشده تا بتواند مراجعه کند.^۱

قوله: لا یخلو:

از سخن صاحب ریاض مرحوم شیخ جوابی داده و مرحوم صاحب جواهر جواب دیگری: اما جواب شیخ: سخن صاحب ریاض خالی از اشکال نیست (یا به لحاظ اینکه اصلاً قاعده المغرور یرجع الی الغارّ مخصوص صورت تضرّر نیست و ادله اش اطلاق دارند و یا به اعتبار اینکه بر فرض اختصاص می‌گوییم: در ما نحن فیه ضرر صادق است و خصوصاً فی بعض الموارد که گفته آمد).

و اما جواب صاحب جواهر: قضیه ضرر در قاعده غرور دخالتی ندارد و مسأله المغرور یرجع الی من غره ربطی به قانون نفی ضرر ندارد و مبتنی بر آن نیست تا بگوئید: اینجا ضرر صدق نمی‌کند پس جای مراجعه نیست بلکه قاعده غرور مبتنی بر اصل دیگری است و آن اینکه اگر در موردی دو شخص مطرح بود که یکی سبب و واسطه بود و دیگری فاعل مباشر و بلا واسطه بود و سبب قویتر بود، همان سبب ضامن است و در ما نحن فیه بایع فضولی که عالماً و عامداً متاع را به مشتری داده و سبب است از مشتری جاهل که مباشر است قویتر است و لذا ضامن بر عهده او است^۱

قوله: و لکنه:

جواب صاحب جواهر ناتمام است زیرا صاحب ریاض نخواست قانون غرور (المغرور یرجع الی من غره) را بر قانون نفی ضرر مبتنی کند تا شما بگوئید: قاعده غرور مبتنی بر قانون ضرر نیست بلکه مبتنی بر قانون سبب و مباشر است. بلکه سخن صاحب ریاض این است که: ادله قاعده غرور عبارتست از اجماع و اخبار، و قدر متیقّن از این ادله صورت ضرر است زیرا اجماع دلیل لّبی است و قدر متیقّن آن اخذ می‌شود. و اخبار هم اجمال یا اجمال دارند و قدر متیقّن از آنها صورت ضرر است، البته وقتی صورت ضرر بود طبعاً قانون نفی ضرر هم بر آن منطبق می‌شود و با قاعده غرور تصادق و انطباق پیدا می‌کنند ولی این بدان معنی نیست که قانون که قانون غرور بر قانون ضرر مبتنی باشد بلکه بر دلیل خود مبتنی است پس برداشت صاحب جواهر از کلام ریاض ناتمام است. و اما جریان قوت سبب نسبت به فاعل مباشر که صاحب جواهر قاعده غرور را بر

آن مبتنی کرد: مرحوم شیخ می فرماید: قوّت سبب بر مباشر استقلالاً دلیلیّت ندارد و چنین نیست که هر کجا سببی و مباشری بود و سبب قویتر بود حکم به ضمان سبب شود و مباشر حقّ رجوع به سبب داشته باشد بلکه باید تفصیل داد به این صورت که: اگر قویتر بودن سبب بگونه‌ای باشد که عرفاً تلف مال مردم به سبب مستند باشد در اینجا از باب اینکه سبب متّلف است به حکم قانون «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»، وی ضامن است و اصولاً در چنین فرضی مالک اصلی از آغاز باید به سراغ سبب برود و حق ندارد به سراغ مباشر برود چون اراده مباشر نقشی ندارد و او مثل آلت و ابزاری عمل کرده و همه کاره سبب است پس سبب ضامن است.

مثلاً اگر ظالمی شخصی را به قتل یا اتلاف مال کسی مکره سازد آنهم اکراهی که به حدّ الجاء و سلب اختیار از مکره شود فی المثل شمشیر را به دست مکره بدهد و سپس خودش دست مکره را بالا ببرد و فرود بیاورد یا بادست مکره اسلحه را بچکاند و کسی را بکشد، در اینجا مکره نقشی ندارد و مکره ضامن است و عرف عقلاء او را قاتل و متّلف می دانند.

یا مثلاً شخصی آتشی را بر افروخته و نزدیک خرمن دیگری گذاشته و هر لحظه احتمال می دهد که بادی بوزد و آتش را به سوی خرمن دیگری هدایت کند و آتشی در خرمن پیدا شود و آن را بسوزاند، اگر چنین شد باز روشن کننده آتش ضامن است اگر چه وزش باد مباشر است ولی عرف عقلاء آن شخص را مقصّر می دانند.

یا مثلاً روغن جامد کسی را در ظرفی که زیرش سوراخ دارد گذاشته و در مقابل آفتاب سوزان بگذارد و تابش خورشید سبب باز شدن روغن و به زمین ریخته شدن آن گردد باز اگر چه فاعل مباشر انرژی خورشیدی است ولی عرف و عقلاء آن شخص را که سبب شد مقصّر دانسته و متّلف می شمارند. حال اگر سبب و واسطه شدن به این پایه باشد صد البته سبب ضامن است اما نه از باب اینکه سبب بودن موضوعیت دارد بلکه از باب اینکه عند العرف او را متعدّدی و متّلف می شمارند و مشمول من اتلف مال الغير است.

و اما در مواردی که سبب به این درجه نیست و عرف نمی گوید: متلف حقیقی او است بلکه مباشر را مقصّر می شمارند که به اراده خود چنین کرده مثل ما نحن فیه که بایع

فضولی واسطه است و مال مردم را به مشتری می دهد و مشتری هم با اراده و اختیار خویش در آن تصرف می کند و از منافعش استفاده می کند، در اینجا حکم به اینکه ابتدا به ساکن سبب ضامن است یا استقرار ضمان بر او است که اگر مالک اصلی از مشتری گرفت مشتری هم حق دارد از بایع بگیرد، و به صرف سبب بودن چنین حکمی بکنیم دلیل می طلبد و نداریم زیرا صرف قوت سبب بر مباشر که موضوعیت ندارد، و لذا در امثال ما نحن فیه که از مباشر سلب اختیار نشده است اگر بخواهیم حکم به ضمان سبب بکنیم (و بگوئیم المغرور يرجع الی من غرّه و مباشر به سبب رجوع می کند) ناچاریم از اینکه به یکی از چهار دلیل ذیل مراجعه کنیم:

۱- قاعده ضرر: چون بایع فضولی یا سبب موجب تضرر مشتری گردیده ضامن است.

۲- اجماع: بگوئیم: تقدیم سبب بر مباشر در صورت قویتر بودن اجماعی است اگر چه قوت سبب به مرتبه ای نرسد که تلف به او مستند شود و اختیار از مباشر سلب گردد. ۳- اخباری که در ابواب پراکنده وارد شده (از قبیل اخباری که در باب شاهد زور وارد شده^۱ و اخباری که در تدلیس مرئه وارد شده که می گوید: مهریه بر عهده تدلیس کننده است)

۴- غارّ (بایع یا سبب) موجب تغریم و خسارت پرداختن مغرور (مباشر یا مشتری) گردیده است و مثّل غارّ مثّل شاهد زور است که اگر به ناحق شهادت داد و مالی را از کسی گرفتند و بدیگری دادند و بعداً از شهادتش عدول کرد، مشهود علیه حق دارد به شاهد مراجعه کرده و مال را از او بگیرد و وی ضامن است.

خوشبختانه این وجوه اربعه در ما نحن فیه وجود دارد:

اما وجه چهارم که پر واضح است زیرا بایع غارّ است و موجب تغریم مشتری گردیده پس مشتری حق دارد به او مراجعه کند. و اما وجه اوّل هم قبلاً گذشت و گفتیم در ما نحن صدق ضرر حتمی است و مخصوصاً در بعضی موارد حتماً ضرر صدق می کند و بایع موجب اضرار شده و به حکم لا ضرر مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند. و اما وجه دوّم و سوّم (اجماع و اخبار): اگر چه در ما نحن فیه و مسأله بیع فضولی اجماع و

اخبار نيست ولى در نظائر و اشباه ما نحن فيه هست و قانون اين است كه: «حكم الامثال فيما يجوز و فيما لا يجوز سواء». و آن نظائر عبارتند از: باب طعامى كه كسى طعام ديگرى را به شخصى تعارف مى كند و اين شخص به خيال اينكه طعام ملك تعارف كننده است يا اذن در تقديم كردن دارد، از طعام استفاده مى كند و بعداً مالك اصلى پيدا مى شود و قيمت طعام را از خورنده طعام مى گيرد در اينجا اجماعى است كه آكل هم حق دارد به شخص تقديم كننده طعام مراجعه كند و قيمت را از او بگيرد، ما نحن فيه هم مثل اين مورد است.

يا مثلاً در باب شاهد زور اخبارى داريم مبنى بر اينكه اگر از شهادتش عدول کرده مشهود عليه حق دارد به شاهد زور مراجعه كند، ما نحن فيه هم مثل اين مورد است و فرقى ندارد، پس اگر مالك اصلى عوض منافع مستوفات را از مشتري اخذ كرد او نيز از بايع فضولى اخذ مى كند.

قوله: وقد ظهر:

ما براى حكم به ضمان بايع فضولى از راه قاعده غرور پيش آمديم و گفتيم: المغرور يرجع الى الغارّ، صاحب رياض صغرى را (اصل غرور و مغرور شدن مشتري) پذيرفت ولى در كبرى مناقشه داشت و مى فرمود چنين نيست كه هر مغرورى حق مراجعه به غارّ داشته باشد بلكه اگر متضرّر شد حق دارد... كه قبلاً جواب داديم ولى بعضى ها (صاحب جواهر ره^١) در اصل صغرى مناقشه كرده و مدّعى شده اند كه واژه غرور مفهوم مجملى دارد و اصلاً نمى دانيم كه در ما نحن فيه (كه مشتري منافعى را استيفاء كرده و عوض آن را غرامت مى دهد) آيا مغرور بر مشتري صدق مى كند يا نه و تا صغرى محرز نشود جاى كبراي كلّي المغرور يرجع الى الغارّ نيست و به اين دليل به عدم دليل ضمان بايع حكم كرده است.

مرحوم شيخ مى فرمايد: اگر چه مفهوم غرور اجمال دارد ولى انصاف اين است كه قدر متيقّنى دارد و آن اين است كه انساني در مال ديگرى (كه در واقع ملك غير است) تصرف كند و آن را اتلاف كند و بر آن يد پيدا كند اما نه به عنوان اين كه مال غير است تا

خودش مُتَلِف و مقصّر و ضامن باشد، بلکه به عنوان این که خیال می‌کرد مال خودش است یا از قبیل طعام الغیر است که خیال می‌کرد برایش مباح است و تصرف کرد و بعد کشف خلاف شد در اینجا قطعاً شخص متصرف مغرور است و فریب خورده است و مصداق اکمل غرور اینجا است و صغری محرز است و کبری هم می‌آید که المغرور يرجع الی من غره.

قوله: مضافاً:

غیر از چهار دلیل مذکور، دلیل پنجمی هم بر ضمان بایع فضولی نسبت به منافع مستوفات و حقّ مراجعه داشتن مشتری به بایع بابت منافع مستوفات، ذکر شده که روایت جمیل است: مشتری جاریه‌ای از بازار مسلمین خریداری کرد و پس از مدتی از این جاریه صاحب فرزندی شد و تازه معلوم شد که معامله فضولی بوده و مالک اصلی آن را ردّ کرد، حکم این است که مالک اصلی جاریه را از مشتری می‌گیرد، قیمت ولد را هم (الان که به تبع مشتری حراست ولی اگر عبد بود چقدر ارزش داشت ملاک است) اخذ می‌کند. سپس مشتری هم به بایع فضولی مراجعه کرده و ثمن جاریه را اخذ می‌کند و هر آنچه را که مالک اصلی از مشتری گرفته او نیز از بایع می‌گیرد، پس قیمت و لد را هم می‌گیرد.

کیفیت استدلال: بحثی است که آیا حریت و لد منفعتی است که به مشتری می‌رسد؟ یا منفعت نیست؟ از کلام محقق در شرایع طبق تفسیر شهید ثانی در مسالک مستفاد است که حریت و لد را منفعت محسوب کرده حال بنابر این که حریت منفعتی باشد که به مشتری عود می‌کند و واصل می‌شود روایت دلیل بر ما نحن فیه می‌شود که آن مقدار از خسارت که مشتری بابت منافع مستوفات به مالک اصلی داده از بایع می‌گیرد و بایع ضامن است و هو المطلوب.

ولی فوراً می‌فرماید: و فیه تأمل: استدلال به این حدیث مورد اشکال است چرا که اصلاً منفعت بودن حریت و لد محلّ اشکال است (منفعت معمولاً قابل معامله و معاوضه است و حریت که مال نیست تا مورد معامله واقع شود). پس توان از این روایت استفاده کرد و عمده دلیل بر جواز رجوع مشتری به بایع فضولی بابت خسارت منافع مستوفات، همان چهار دلیل قبل است.

قوله: ثم ان:

و اما دسته اول يا مخارجى كه مشترى متحمل شده و به مالك اصلى داده نه در مقابل منافع غير مستوفات يا مستوفات بلكه در مقابل خود عین يعنى زياده‌اى كه در مقابل خود عین پرداخت شده كه خود دو شعبه دارد:

١- گاهى اين زيادى از اول و در وقت عقد وجود داشته، مثل اينكه فضولى متاعى را كه ارزش واقعى آن بيست دينار بود به مشترى به ده دينار فروخت و متاع مزبور در دست مشترى تلف شد و بعداً كه مالك اصلى پيدا شد و معامله را رد كرد شرعاً قيمت واقعى (٢٠ دينار) را از مشترى گرفت، در اينجا اگر مشترى مبلغ ثمن (١٠ دينار) را به بايع فضولى نداده است كه تسليم لازم نيست و اگر هم پرداخته است مى تواند خود ثمن يا بدل آن را از فضولى استرداد كند و در اين بحثى نيست، انما الكلام در مبلغ بيست دينارى است كه جداگانه به مالك اصلى پرداخته است: آيا بابت كل اين مبلغ مشترى حق دارد به بايع فضولى مراجعه كرده و از وي باز ستاند؟ يا اصلاً حق مراجعه ندارد و كل بيست دينار از جيب خود مشترى مى رود؟ آيا نسبت به ده دينار از بيست دينار كه به مقدار ثمن المسمى است (در معامله‌اى كه با فضولى كرده) حق مراجعه ندارد ولى نسبت به ده دينار ديگر كه زياده بر ثمن پرداخته حق مراجعه به فضولى دارد؟ از سه احتمال مذكور دو احتمال قائل دارد و در مكاسب عنوان شده:

الف: مختار شيخ اعظم احتمال اخير يعنى تفصيل است و مى فرمايد: نسبت به عشره ثمن يعنى ده دينارى كه به مقدار ثمن و معادل او است حق مراجعه به فضولى ندارد، زيرا در اين مقدار فضولى مقصر نيست و موجب غرور مشترى نشده بلكه خود مشترى اقدام كرده و معامله كرده و ملتزم شده كه اين مبلغ را بدهد و على كل حال آن را به عهده گرفته چه بايع در ادعاى مالكيتش نسبت به مبيع صادق باشد و چه كاذب، منتها اگر صادق باشد بايد به خود بايع بدهد و اگر كاذب باشد به مالك اصلى مى دهد و در اين مقدار غرورى نيست و اما نسبت به عشره زائد بر ثمن (كه مشترى به مالك اصلى داده) خود مشترى اقدام بر ضمان نكرده و ملتزم به پرداخت آن نشده بلكه دروغگوئى بايع موجب غرور او گرديده است و اگر مى دانست كه متاع ملك ديگرى است و قيمت واقعى اش بيست دينار است چه بسا اقدام نمى كرد و وارد معامله نمى شد، او به خيال

اینکه ملک بایع است و به قیمت ارزان خریداری می‌کند اقدام کرده پس نسبت به ده دینار زاید بر اصل ثمن وی مغرور است «صغری» و قانون این است که: المغرور يرجع الی من غره «کبری» پس مشتری هم به بایع فضولی رجوع می‌کند «نتیجه»

ب: قوله: ومما ذکرنا:

بعضی ها گفته‌اند: مشتری اصلاً حق مراجعه ندارد نه نسبت به عشره ثمن و نه عشره زاید بر ثمن و کلّ بیست دینار را از جیب خود باید پردازد، به این دلیل که وقتی مشتری با بایع وارد معامله می‌شود بدان معنی است که من اقدام کردم بر ضمان عین که از این پس هر بلائی سر عین آمد از مال خودم تلف شود و ربطی به بایع نداشته باشد آنگاه اگر معامله صحیح باشد و عین در دست مشتری تلف شود به همان ثمن المسمی ضامن است و بیش از ده دینار مدیون نیست ولی حالا که فاسد در آمده (در سایه عدم اجازه مالک اصلی) قانون اینست که: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، منتهی ضمان مبیع فاسد به قیمت واقعی است (۲۰ دینار) مثل اینکه از خود مالک اصلی خریده باشد. پس خود مشتری اقدام بر معامله کرده و ضمانت عین را به عهده گرفته و با فرض اقدام خودش به میل و اختیار، غرور و فریب صدق نمی‌کند تا بتواند به بایع فضولی مراجعه کند (و لذا مرحوم شیخ هم فرمود: نسبت به عشره ثمن حق مراجعه ندارد چون خودش اقدام کرده است). پس نسبت به کلّ بیست دینار حق مراجعه به بایع ندارد و خود مشتری ضامن است.

قوله: توضیح الاندفاع:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این مسلک باطل است چرا که اولاً اقدام مشتری بر معامله به مقدار ده دینار بود نه بیشتر، پس نسبت به عشره زائد اقدامی نکرده: آری وقتی مالک اصلی امضا نکرد و معامله فاسد شد شارع مقدّس به گردن مشتری می‌گذارد که باید قیمت واقعی را بدهد و گرنه خود او مُقَدِّم نیست، حال کسی باعث شد که مشتری مبلغ ۲۰ دینار را ضامن باشد؟ کذب بایع در ادّعایش موجب شد، پس بایع غارّ است و استقرار ضمان بر عهده بایع است و مشتری بابت ده دینار زاید حق دارد به فضولی مراجعه کند.

و ثانیاً طبق تحقیقی که در مقبوض به عقد فاسد داشتیم اقدام بر ضمان موضوعیت

ندارد و موجب ضمان نیست تا بگوئید: مشتری خودش اقدام کرده و وارد معامله شده... بلکه ید سبب ضمان است آنهم یدی که امانی نباشد که بایع فضولی ید پیدا کرده است. و شیخ طوسی و دیگران هم که برای قانون اقدام اصالت قائل نیستند بلکه آن را برای جواز تمسک به قاعده ید مطرح می کنند یعنی ید بر مال مردم مقتضی ضمان است منتهی اگر ید مجانی باشد ضمان آور نیست شیخ طوسی و غیره قانون اقدام بر ضمان را آورده اند برای اثبات اینکه ید ید مجانی نیست بلکه ید معاملی و معاوضی است پس مانعی از مراجعه و ضمانت نیست.

قوله: و کیف کان:

به عقیده ما همانطوری که نسبت به منافع مستوفات بر مشتری مغرور بودن صدق می کرد و اگر مالک اصلی اینها را از مشتری می گرفت او هم حق داشت از بایع بگیرد، هکذا نسبت به این زیادی در مقابل خود عین هم مغرور بودن صدق می کند و بلکه به طریق اولی صدق می کند پس حق دارد به بایع مراجعه کند. وجه اولویت در حاشیه سید چنین آمده: و لعل وجه کونه اولی اعتناء المشتري بتحصيل العين التي قيمتها كذا بمجرّد هذا المقدار اكثر من اعتنائه بالمنافع المحتملة للحصول و عدمه فمع ضمانه لقيمة الزيادة اولی بصدق المغروره بالنسبة الى ضمان المنافع المحتملة للحصول عدمه فبناؤه على كونها له ليس كبنائه على كون الزيادة له من غير عوض آخر فصدق المغرورية في الثاني اولی.^۱

۲- قوله: هذا اذا كانت:

مطالبی که در رابطه با زیاده العین مطرح شد که نسبت به عشرة ثمن مشتری حق ندارد به بایع فضولی مراجعه کند و نسبت به عشرة زاید حق رجوع دارد... مربوط به فرضی بود که زیادی قیمت از اول و در وقت عقد بوده یعنی همان وقتی که مشتری از فضولی متاع را به ده دینار خرید در واقع قیمت متاع بیست دینار بود. و اما اگر زیادی بعد از عقد و در دست مشتری حادث شد یعنی وقتی خریداری کرده به قیمت واقعی و بازاری بود و واقعاً مبیع ده دینار ارزش داشت و بعداً در دست مشتری بازار ترقی کرد و متاع تا بیست دینار بالا رفت و تلف شد و مالک اصلی قیمت یوم التلف یعنی بیست دینار را گرفت، در

اینجا به طریق اولی مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند و مبلغ زیادی (ده دینار) را از او اخذ کند. باز وجه اولویت در حاشیه سید چنین آمده: لَانَّ الْمُشْتَرِيَ لَمْ يُقَدِّمْ عَلَى ضَمَانِ هَذِهِ الزِّيَادَةِ أَصْلًا فَلَوْ سَلَّمَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى لَا نَسَلَّمَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فَهِيَ مِثْلُ سَائِرِ الْغَرَامَاتِ.^۱

قوله: هذا كله:

تا به حال سخن در این بود که اگر کلّ عین در دست مشتری تلف شد و مالک اصلی قیمت واقعی را گرفت آیا مشتری حق دارد به بایع رجوع کرده و عشره زاید را بگیرد یا نه؟ دو قول بود که روشن شد و نیز دو فرض بود (زیاده از زمان عقد بوده یا بعداً حادث شده) ولی حالا سخن در تلف جزء عین است: اگر جزء عین در دست مشتری تلف شد حکمش چیست؟ مثلاً مشتری صد من گندم از بایع فضولی خریده بود و ده من از مجموع صد من در نزد مشتری تلف شده بود و مالک اصلی آمد و معامله را ردّ کرد حکم این است که نود من باقیمانده را از مشتری می گیرد و مشتری هم اگر ثمن المسمّای این مبلغ را به فضولی داده از او می گیرد و بابت ده من تالف قیمت واقعی را می گیرد یعنی فرض کنید فضولی این صد من را به صد دینار فروخته بود که ده من ده دینار می شود ولی قیمت واقعی ده من بیست دینار بوده و مالک اصلی بیست دینار را از مشتری گرفت حکم تلف جزء حکم تلف کلّ است یعنی بر مسلک ما نسبت به عشره زائد مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند و از او بگیرد چون او مغرورش کرده و بنابر قول دوم در تلف عین، مشتری حق مراجعه به بایع ندارد. پس حکم تلف جزء مثل حکم تلف کلّ است.

قوله: و اما ما یغرمه:

حکم تلف خود عین یا تلف جزء آن در دست مشتری معلوم شد و اما حکم تلف وصف: اگر وصفی از اوصاف عین نزد مشتری تلف شد و مالک اصلی معامله را ردّ کرد و عین را گرفت حکم چیست؟ وصف تالف دو گونه است:

۱- از اوصافی است که ثمن بر آنها تقسیط و توزیع می شود یعنی حصّه ای از ثمن در مقابل آنها قرار می گیرد، و آن منحصر در وصف صحتّ است که اگر متاع صحیح و سالم باشد مثلاً صد دینار ارزش دارد ولی اگر معیوب باشد مثلاً نود دینار ارزش دارد که ده دینار در مقابل وصف صحتّ است. مرحوم شیخ این بخش را متعرّض نمی شوند ولی

ظاهراً وصف صحّت به منزله جزء است و هر حکمی که در جزء تالف گفتیم در این وصف تالف هم می آید.

۲- از اوصافی است که ثمن بر آنها تقسیم نمی شود و بخشی از ثمن در مقابل آنها نیست بلکه کلّ ثمن در مقابل خود عین است: این دسته خود دو شعبه دارند:

۱- یا وصفی است که در زیادی و نقصان قیمت دخالتی ندارد که وضعیتش روشن است یعنی نه مالک حق مطالبه از مشتری دارد و نه مشتری از بایع.

۲- و یا وصفی است که در کم و زیاد شدن قیمت عین دخیل است مثل وصف کتابت و خیاطت و هنرمندی برای عبد که از اوصاف کمال است و اگر این وصف باشد بر ارزش خود عبد افزوده می شود و اگر نباشد از قیمت عبد کاسته می شود، حال اگر چنین وصفی نزد مشتری تلف شد یعنی عبد نزد مشتری کتابت را فراموش کرد و مالک اصلی تفاوت را از مشتری گرفت او نیز حق دارد این مبلغ را از بایع فضولی بگیرد، چرا که مشتری نسبت به چنین وصفی اقدام بر ضمان نکرده تا ضامن باشد و حق مراجعه نداشته باشد.

قوله: ثم انّ:

تا به حال فروض گوناگونی مطرح شد و حکم هر فرضی روشن شد که در چه مواردی مشتری حق مراجعه به بایع دارد و در چه مواردی چنین حقّی ندارد؟ نسبت به خسارت منافع غیر مستوفات و نسبت به مقدار زاید ثمن و جزء تالف و وصف تالف حق مراجعه داشت ولی نسبت به مقدار ثمن حق مراجعه نداشت.

حال می گوئیم: تمام این فروض در صورتی بود که معامله فضولی جامع جمیع اجراء و شرایط بوده و از هیچ جهتی کاستی نداشته مگر از ناحیه فضولی بودن بایع و عدم اجازه مالک که موجب فساد بیع می شد، حال اگر معامله مزبور از ناحیه دیگری هم فساد و باطل بود مثلاً شرطی از شروط صیغه یا متعاقدين یا عوضین را نداشت و معامله باطل بود و مبیع که مقبوض به عقد فاسد است در دست مشتری تلف شد و مالک اصلی از او قیمت واقعی را گرفت مشتری حق ندارد به بایع مراجعه کرده و قیمت واقعی را از او بگیرد نه نسبت به عشره ثمن و نه عشره زائد بر ثمن، زیرا که خساراتی که مشتری متحمّل می شود مربوط به بایع نیست و از ناحیه تغیر و ادعای کذب او نیامده تا به حکم «المغرور يرجع الى الغار» مشتری حق مراجعه به او داشته باشد بلکه این غرامتها از ناحیه

فساد بیع وارد شده و قانون این است که: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و ضمان در عقد فاسد به قیمت واقعی است و همه را باید مشتری بدهد و لا فرق میان صدق بایع در ادعایش یا کذب او، بلکه چه در ادعای مالکیت صادق باشد و چه کاذب در هر حال مشتری مقبوض به عقد فاسد را ضامن است آری اگر صادق باشد مغروم له خود بایع است و اگر کاذب باشد مغروم له مالک اصلی است و حکم چنین بیع فاسدی حکم مقدار ثمن است در صورت فساد بیع از ناحیه فصولی بودن که مقدار ثمن از جیب مشتری می‌رود و حق مراجعه به بایع ندارد.

قوله: ثم انه:

مقدمه: از آنجا که هر یک از بایع فصولی و مشتری اصیل بر مال مالک اصلی ید پیدا کرده‌اند و هر کدام مشمول قانون «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» گشته‌اند مالک اصلی مخیر است به هر یک از اندو مراجعه کرده و بدل مالش و سایر غرامتها را از او بگیرد و در این جهت تردیدی نیست با حفظ این مقدمه می‌گوییم:

تا به حال روشن شد که در چه مواردی مشتری حق رجوع به بایع دارد (غرامت منافع غیر مستوفات و مستوفات و زیاده بر ثمن و هر آنچه که بایع فصولی موجب غرور گردیده است.) و در چه اموری حق مراجعه ندارد (نسبت به مقدار ثمن که خود مشتری اقدام بر ضمان کرده و بدان ملتزم شده است.) حال قاعده کلی این است که: نسبت به هر آنچه از خسارتها که اگر مالک اصلی به مشتری مراجعه می‌کرد و از او دریافت می‌نمود مشتری هم حق داشت به بایع فصولی مراجعه کرده و از او بگیرد (به حکم المغرور يرجع الی من غره) اگر در رابطه با این نوع از خسارتها مالک اصلی مستقیماً به بایع مراجعه کرد (به حکم تخییری که در مقدمه این فراز ذکر شد.) و از او غرامت دریافت کرد، بایع حق ندارد به مشتری مراجعه کند و از او عوض غرامتها را دریافت کند زیرا فرض این است که اگر هم مالک به مشتری رجوع می‌کرد او به بایع مراجعه می‌کرد و استقرار ضمان بر عهده بایع بود، پس معنی ندارد که بایع به مشتری رجوع کند.

و اما نسبت به خسارتهائی که اگر مالک اصلی از مشتری می‌گرفت، وی حق رجوع به بایع نداشت (مقدار ثمن) چنانچه در این رابطه مالک اصلی به بایع مراجعه کرد و از وی دریافت کرد، او نیز حق دارد به مشتری مراجعه کرده و مقدار ثمن را از مشتری اخذ

کند، زیرا نسبت به این مقدار خود مشتری اقدام کرده و راضی شده و متاع هم در دست او تلف شده و علی القاعده استقرار ضمان بر همان کسی است که مبیع نزد او تلف شده است مگر ید سابق غارّ باشد که علی الفرض نسبت به مقدار ثمن غروری نیست.

قوله: فان قلت:

مستشکل می‌گوید: مگر نه اینست که هر یک از بایع و مشتری بطور مساوی بر این مال ید و سلطه پیدا کرده‌اند و دست هر کدام به مبیع اصابت کرده و حتی دست بایع جلوتر از ید مشتری به مال رسیده و لا اقل در عرض هم و به طور مساوی هر دو ید پیدا کرده‌اند؟ و مگر نه اینست که هر دو مشمول قانون علی الید گردیده‌اند و هر دو شرعاً ضامن شده‌اند؟ با این حساب چرا می‌گوئید: نسبت به مقدار ثمن اگر مالک اصلی از بایع گرفت او هم حق دارد به مشتری رجوع کند؟ خود بایع هم ضامن بوده و مالک از او گرفته، دیگر به چه مجوّزی بایع حق مراجعه به مشتری دارد؟

قوله: و حصول:

مستشکل می‌گوید: اگر در جواب ما بگوئید: چون متاع در دست مشتری تلف شده به این دلیل اگر مالک به بایع رجوع کرد بایع هم حق رجوع به مشتری دارد. خواهیم گفت: صرف اینکه مبیع در دست مشتری تلف شده که سبب رجوع بایع به مشتری نیست. آری اگر مشتری عمداً مبیع را تلف کرده و مُتْلَف است بایع حق دارد به او مراجعه کند، چون او با اتلافش سبب تنجز ضمان بر بایع شد و تا اتلاف نیامده بود ضمان تعلیقی بود یعنی اگر تلف می‌شد بایع ضامن بود ولی با اتلاف، ضمان تنجیزی و حتمی و فعلی شد پس در واقع این مشتری است که سبب غرامت کشیدن بایع و اتلاف مقدار ثمن از مال بایع گردیده و به حکم قانون: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» بایع از عهده بر آید. اما اگر تلف قهری بوده و مشتری تقصیری نداشته چرا بایع حق رجوع به مشتری داشته باشد؟

قوله: قلت:

مرحوم شیخ در جواب اشکال می‌فرماید: لازم است ابتدا تحلیلی از کیفیت اشتغال ذمه در ما نحن فیه و امثال آن داشته باشیم سپس به جواب اشکال بپردازیم:

گاهی یک نفر بر مال کسی ید پیدا کرده و در دست او تلف شده که یک ید و یک مال بیشتر نیست اینجا حکم روشن است یعنی همان ذوالید مشغول الذمه می‌شود و باید

از عہدہ بر آید و بہ دیگران مربوط نیست.

و گاهی یک نفر بر چند مال ید پیدا کردہ کہ یک ید و چند متاع است و ہمہ آنها نزد وی تلف شدہ باز مطلب واضح است کہ تمام این اموال تالفہ را همان یک نفر ضامن است.

و گاهی چندید و چند مال است کہ ہر یدی بر مالی واقع شدہ و دست او تلف شدہ باز ہر یدی باید از عہدہ همان مال بر آید و مشکلی نیست.

أما الکلام در موردی است کہ یک متاع است و چند ید بر آن پیدا شدہ کہ این نیز دو شعبہ دارد: گاهی بہ صورت عرض ہم مجموع چند نفر بر مال ید و سلطہ پیدا کردہ اند در اینجا ہر کدام جزء سبب می باشند و مجموع باید از عہدہ بدل بر آیند و ہر کدام بہ نسبت ید سہمی دارد. و گاهی بہ نحو طولی است کہ مورد بحث ما است یعنی مال مردم ابتدا بدست بایع فضولی افتادہ و پس از مدتی از بایع بہ مشتری منتقل شدہ است (حدّاقل دو ید در طول ہم بر این مال پیدا شدہ و ای چہ بسا مشتری ہم بہ مشتری دیگر منتقل کردہ و آئیدی متعدّدی بہ ترتیب بر مال واحد پیدا شدہ کہ حکم اینہا ہم روشن می شود.) در اینجا اگر بگویم: تنہا ید سابق ضامن است ترجیح بلا مرجح است و اگر بگویم: تنہا ید لاحق ضامن است باز ترجیح بلا مرجح است (ہر دو ید پیدا کردہ اند و ہر دو بطور مساوی ضامن می باشند) ناگزیر باید بگویم: ہر دو ضامن هستند اما نہ بہ این معنی کہ مالک اصلی حق دارد ہم از ید سابق عوض را دریافت کند و ہم از ید لاحق، زیرا مال واحد عوض واحد دارد و با گرفتن غرامت از یکی از آندو جای خالی مال تالف پر شد و مال تالف تدارک و جبران شد و قانون این است کہ: «المتدارک لا یتدارک» یعنی چیزی کہ تدارک شد دوبارہ معنی ندارد کہ همان چیز تدارک شود، پس با گرفتن غرامت از یکی از آندو، دیگری نسبت بہ مالک اشتغال ذمّہ ندارد، زیرا بہ عنوان بدلیّت کہ تأمین شدہ و از دیگری گرفتہ و بہ عنوان دیگر ہم کہ از کسی طلبی ندارد. پس منظور این است کہ: ہر دو ضامن هستند ولی نہ علی التّعیین کہ از شخص ہر کدام بگیرد، بلکہ علی البدل و لا علی التّعیین یعنی مالک اصلی مخیر است از ہر کدام کہ مایل بود بدل بگیرد و با اخذ بدل از یکی غرض حاصل شدہ و حق مراجعہ بہ دیگری ندارد.

قوله: و يمكن:

آیا مواردی داریم که ضمان تخییری باشد تا ما نحن فیه هم نظیر آنها و یکی از آنها باشد؟ مرحوم شیخ می فرماید: آری ما نحن فیه نظایری دارد و در مجموع چهار نظیر برای آن می آورند:

۱- شخصی از دیگری طلبکار است و مدیون نمی تواند دینش را بپردازد یا چک بلا محل کشیده و نتوانسته سر موعد بپردازد و زندانی شده و شخص ثالثی می آید از مدیون ضمانت می کند این ضمان مالی است مثلاً می گوید: اگر تا یکماه دیگر دینش را نداد من ضامن می شوم که بپردازم در اینجا بر مسلک امامیه حقیقت ضمان عبارتست از: «نَقْلُ ذِمَّةٍ اِلَى ذِمَّةٍ اُخْرَى» یعنی ذمه و عهده ای به ذمه دیگر منتقل شد و تا به حال مدیون مشغول الذمه بود ولی از حالا به بعد ضامن مشغول الذمه است و طلبکار حق مراجعه به مدیون ندارد و فقط می تواند از ضامن مطالبه دین کند. ولی بر مسلک جمهور عامه و اهل سنت ضمان عبارتست از: «صَمُّ ذِمَّةٍ اِلَى ذِمَّةٍ اُخْرَى» یعنی ذمه ای به ذمه دیگر ضمیمه شد و تا به حال فقط ذمه مدیون مشغول به مال بود ولی از حالا ذمه ضامن هم بر آن افزوده شد و مشغول گردید. حال بر این مسلک طلبکار حق دارد هم از ضامن طلبش را وصول کند و هم از مدیون یا مضمون عنه یعنی مخیر است از هر کدام که خواست مطالبه کند. پس مورد مذکور بر مبنای اهل سنت از مصادیق ضمان تخییری است.

۲- چه بر مبنای امامیه و چه عامه در باب معاملات اگر مشتری به بایع اطمینان ندارد و می ترسد از اینکه مبیع مال دیگری باشد و در دست مشتری تلف شد وی ضامن باشد و... . شخص ثالث از جانب بایع ضمانت می کند و می گوید: هر خسارتی پیش آمد من جبران می کنم، در اینجا اگر بعداً معلوم شد که مال دیگری بوده و مالک اصلی آن را استرداد کرد یا عوض تلف را گرفت و... مشتری حق دارد به هر کدام از بایع و مشتری مراجعه کند اما به بایع: چون معامله کرده و ضمان معاملی دارد و اما به ضامن: چون ضمانت کرده و به حکم قانون ضمان باید از عهده بر آید. یا اگر بایع به مشتری اعتماد ندارد و فرد ثالثی از طرف مشتری تضمین می کند باز بایع حق دارد به هر یک از مشتری یا ضامن مراجعه کند یا اگر از هر دو طرف اطمینان نیست و از هر طرف ضمانتی شده هر کدام حق دارد به دیگری یا ضامن مراجعه کند. این هم مثال دیگری از ضمان تخییری.

۳- ضمان اعیان مضمونه: برخی از اعیان اگر به دست دیگری بیافتد خود به خود و شرعاً موجب ضمان است مثل عاریه مضمونه (مثلاً عاریه نقدین یعنی درهم و دینار) که شخص مستعیر نسبت به این مال مورد عاریه ضامن است ولی مُعیر و عاریه دهنده به او اطمینان ندارد و ضامن می طلبد و شخص ثالثی از طرف مستعیر همان اعیان مضمونه را ضمانت می کند که اگر مستعیر آنها پس نیاورد ضامن از عهده برآید، باز در اینجا مُعیر حق دارد به مستعیر مراجعه کند (چون عاریه مضمونه موجب اشتغال ذمه او گردیده) یا به ضامن مراجعه کند (به حکم ادله باب ضمان) پس باز هم نمونه ای از ضمان تخیری پیدا شد.

۴- ضمانت دو نفر برای یک نفر: شخصی می خواهد از فلان مؤسسه وام بگیرد آنها دو ضامن معتبر می خواهند و دو نفر هر کدام استقلالاً و نسبت به تمام مبلغ وام ضمانت می کنند باز در اینجا اگر مدیون سر وقت وامش را نپرداخت و تأخیر کرد آن مؤسسه می تواند به هر یک از دو ضامن مراجعه کرده و مبلغ مزبور را از او دریافت کند. اینهم نمونه ای از ضمان تخیری که شبیه واجبات کفائی است که بر همه واجب است و اگر همه ترک کردند همه معاقب هستند ولی اگر یکی انجام داد از عهده دیگران ساقط است. و شبیه مالی که غاصبی از غاصب دیگر غصب می کند که مالک اصلی مختار است هم به غاصب اوّل مراجعه کند و هم به غاصب دوّم. حال که چهار نمونه از ضمان تخیری پیدا شد می گوئیم: ما نحن فیه هم مورد پنجم باشد که مالک اصلی مختار است به هر یک از بایع فضولی و مشتری اصیل مراجعه کند و بدل مالِ تالف را بگیرد تا اینجا وضع مالک اصلی با ایادی متعدّد بررسی شد.

قوله: و اما حال:

و اما وضع خود ایادی متعدّد که به ترتیب و در طول هم بر مال سلطنت پیدا کرده اند: قانون این است که: اگر مالک اصلی به ید لا حق (یدی که مال نزد او تلف شده) مراجعه کرد و بدل را از او گرفت، وی حق ندارد به ید سابق مراجعه کند مگر در مواردی که ید سابق غارّ باشد و موجب غرور وی گردد که به حکم «المغرور یرجع الی الغارّ» حق دارد به وی مراجعه کند (و مبسوطاً موارد غرور بیان شد). و اگر مالک اصلی مستقیماً به ید سابق مراجعه کرد و از او خسارت گرفت باز نسبت به مواردی که ید سابق غارّ است حق ندارد

به ید لا حق مراجعه کند زیرا اگر مالک اصلی به لا حق هم مراجعه می کرد وی به سابق رجوع می کرد و قرار ضمان بر سابق بود حالا که ابتدائاً به سابق مراجعه کرده معنی ندارد که او هم به لا حق مراجعه کند. انما الکلام در موردی است که مالک از سابق گرفته و سابق نسبت به آن مورد غارّ نیست و مقصّر نیست (مقدار ثمن در مورد بحث ما) در اینجا اشکال شد که به چه دلیل اگر مالک از بایع گرفت او هم حق رجوع به مشتری داشته باشد؟

قوله: فنقول:

در حقیقت جواب ان قلت از اینجا شروع می شود: و مرحوم شیخ جوابی دارد و مرحوم صاحب جواهر جواب دیگری دارد که مورد قبول مرحوم شیخ نیست.

اما جواب مرحوم شیخ فرض این است که ابتدا بایع فضولی بر مبیع ید و سلطنت پیدا کرد و به مجرد ید پیدا کردن به حکم اطلاق «علی الید ما اخذت» وی ضامن شد بدین معنی که اگر تلف شد باید از عهده بر آید و ضمانت بایع معیناً نسبت به خود عین است که اگر تلف شد بدل عین را باید به مالک اصلی بدهد. و سپس در اثر معامله مشتری هم بر مبیع ید پیدا کرد و به حکم عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» او نیز ضامن شد اما متاعی را که دارای بدل است و قبلاً اشتغال ذمه به بدلش پیدا شده وی ضامن شد.

حال احتمال اینکه مشتری هم معیناً خود مبدل و عین را ضامن باشد و اگر نزد وی تلف شد و مالک اصلی به او مراجعه کرد باید از عهده بر آید ولی نسبت به بدل عین ضمانتی نداشته باشد و اگر مالک از بایع گرفت او حق مراجعه به مشتری نداشته باشد، دلیلی بر تعیین این احتمال نیست.

و نیز احتمال اینکه مشتری فقط نسبت به بدل عین ضامن باشد و اگر مالک از بایع بدل را گرفت بایع هم حق مراجعه به مشتری داشته باشد ولی مالک اصلی مستقیماً حق مراجعه به مشتری نداشته باشد، اینهم باطل است و «علی الید ما اخذت مالک» را مختار و مخیر می سازد.

احتمال اینکه مشتری هم ضامن مبدل باشد و هم بدل به این نحو که بدلی را به مالک اصلی بدهد و بدلی را به بایع بدهد، اینهم باطل است و او یک ضمان بیشتر ندارد. پس احتمال چهارم معین می شود که مشتری هر یک از مبدل و بدل را به نحو تخیر

و علی البدل ضامن است یا بدل مبدل را باید بدهد اگر مالک اصلی به او مراجعه کرد و یا بدل بدل را بدهد اگر مالک به بایع و بایع به مشتری مراجعه کرد. ضمناً تا مالک اصلی به بایع مراجعه نکرده و بدل را از او دریافت نکرده او نیز حق ندارد به مشتری مراجعه کرده و بدل را از مشتری بگیرد زیرا وجهی که مشتری می‌پردازد به عنوان بدل و تدارک است که جای خالی مال را در ملک بایع پر کند و تا جای مال خالی نشده نوبت به تدارک نمی‌رسد. و به عنوان معاوضه نیست تا بایع حق مطالبه عوض داشته باشد. نظیر باب ضمانت که به صرف این که شخصی ضامن شده و دین کسی را به عهده گرفته است که حق ندارد از مضمون عنه مبلغ دین را مطالبه کند آری پس از اینکه ضامن از عهده برآمده و وام را به مضمون له داد آنگاه حق دارد بدل مال مضمون را از مضمون عنه بگیرد.

قوله: و الحاصل:

مشتری که مال نزد او تلف شده ضامن است اما نه معیناً برای مالک و نه برای ید سابق بلکه به طور مخیر برای یکی از آندو ضامن است یا باید عین مال را تدارک کند و بدل مبدل را به مالک بدهد (اگر مالک به او مراجعه کرد) یا باید تدارک و بدل را تدارک کند و بدل بدل را به بایع بدهد (اگر مالک به بایع مراجعه کرده و او به مشتری مراجعه کرد). و چنین ضمانتی در حقیقت از نوع ضمانت یک شخص (مشتری) نسبت به دو چیز (مبدل و بدل) برای دو شخص (مالک اصلی و ید سابق) به نحو تخیر و علی البدل، شبیه ضمانت دو یا چند نفر (ایادی متعدّد) نسبت به یک مال برای یک شخص که این نیز علی البدل است (تشبیه معکوس) و در رابطه با مالک و ایادی گوناگون مطرح بود.

قوله: و ربما یقال:

جواب مرحوم شیخ این شد که هر کدام از ید سابق و لا حق هر دو ضامن و مشغول الذمه هستند و از این جهت مالک اصلی حق دارد به هر کدام مراجعه کند. ولی جواب صاحب جواهر این است که: اشتغال ذمه چند نفر نسبت به یک مال معقول نیست و اگر هم معقول باشد دلیل ندارد و لذا توان گفت: هم بایع و هم مشتری در ما نحن فیه هر دو ضامن و مشغول الذمه هستند، از طرفی هم نتوان گفت: هیچکدام ضامن نیستند، بناچار باید یکی از آندو ضامن باشند و آن یکی همان است که مال نزد او تلف شده (یعنی آقای مشتری در ما نحن فیه) زیرا تا مال تلف نشده ضمانت منجز نداریم بلکه یک وجوب اداء

تکلیفی نسبت به خود عین در کار است و ضمانت تعلیقی و اگرى است و فعلی نشده است و وقتی تلف شد فعلی می شود پس مشتری (مَنْ تلف عنده) ضامن و مشغول الذمه است و خطابش به وجوب اداء بدل یک خطاب ذمّی است و از باب این است که مشغول الذمه شده باید از عهده بر آید، البته به صرف اینکه یک زمانی بایع فضولی مال را غصب کرد و بر آن ید پیدا کرد شرعاً مالک اصلی می تواند او را هم به اداء بدل ملزم سازد منتهی خطاب ید سابق به اداء بدل یک خطاب صد در صد شرعی و تکلیفی است و نه وضعی و ذمّی و وقتی بایع بدل را پرداخت در حقیقت یک معاوضه قهری صورت گرفته (معاوضه ای که قصد و انشاء در آن معتبر نیست) و گویا مالک اصلی ما فی ذمه مشتری را به بایع فضولی به عوض معین مبادله کرد و از این پس بایع مالک ما فی ذمه مشتری می شود و حق دارد از مشتری آن مبلغ را مطالبه کند (هر طلبکاری حق دارد از بدهکار طلبش را مطالبه و وصول کند).

قوله: و انت خبير:

مرحوم شیخ مسلک صاحب جواهر را قبول ندارند و در مجموع پنج جواب می دهند:

جواب اول: اینکه فرمودید: خطاب ید سابق (بایع) به وجوب اداء یک خطاب شرعی (تکلیفی) است و خطاب ید لا حق (مشتری) خطاب ذمّی (وضعی) است. ما قبول نداریم زیرا دو خطاب جدا که نداریم، ظاهر و باطن یک خطاب بیشتر نیست و آن خطاب «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» است که به طور مساوی هر یک از بایع و مشتری را می گیرد و یک خطاب یک ماهیت دارد یا فقط ذمّی و وضعی است نسبت به هر دو، و یا فقط شرعی و تکلیفی است و معقول نیست که خطاب واحد دو لسان و دلالت داشته باشد و نسبت به بعض یدها ذمّی و نسبت به بعض دیگر شرعی باشد.

جواب دوم: قوله: مع انه:

اصولاً ما فرق میان خطاب شرعی و ذمّی را نفهمیدیم، و اینکه ایشان خطاب را دو صنف و دو دسته کرد ما قبول نداریم، به عقیده ما (طبق مسلکی که در اصول داریم که احکام وضعیه خطاب مستقلاً ندارند و مجعول به جعل جداگانه ای نیستند بلکه از خطاب تکلیفی انتزاع می شوند و مجعول بالتبع هستند.) همه خطابات شرعی از نوع خطاب تکلیفی است و مستقیماً مفاد آنها حکم تکلیفی است و از جمله خطاب علی الید هم بر

و جوب اداء ما فی الذمه دالت دارد و این وجوب به طور مساوی در حق سابق و لاحق ثابت است و از وجوب اداء یک حکم وضعی یا ضمانت انتزاع می شود. نه اینکه دو سنخ خطاب در کار باشد.

جواب سوّم: قوله: مع أنّه:

تا آنجا که ما خبر داریم احدی از فقهاء مخالفت نکرده و همه اجماع دارند بر اینکه صاحبان ید همگی (سابق - متوسط - لاحق) مشغول الذمه هستند و همگی ضامن هستند و تا زمانی که یکی از آنها از عهده بر نیامده یا مالک اصلی آنها را بری الذمه نکرده همگان ضامن می باشند و سخن جواهر که تنها ید لاحق را ضامن می دانست بر خلاف اجماع است.

قوله: نظیر:

اشتغال ذمه ای که در ما نحن فیه وجود دارد نظیر اشتغال ذمه در سایر موارد است و تمام احکامی که مدیون در موارد دیگر دارد در ما نحن فیه هم هر یک از یدها دارند، و آن احکام عبارتست از: اگر مدیون و مشغول الذمه به میل و رغبت دین خود را داد فهو المطلوب و گرنه بالاچار از او می گیرند و اگر باز هم سماجت کرد و نداد حاکم شرع از اموال او برداشته و به طلبکار می دهد، و اگر مدیون مُرد و از دنیا رفت مقدار دین از اصل ترکه خارج می شود و بر وصایا و میراث مقدّم است. و اگر مدیون دین مستغرق دارد و بدهکاری اش بیش از اموال او است این طلبکار با دیگران در اموال او سهیم است و مال به نسبت میان آنها تقسیم می شود و طلبکار حق دارد مبلغی را که در ذمه بدهکار مالک است با دیگری مصالحه نماید و... تمام این احکام در ما نحن فیه نسبت به هر یک از ید سابق و لاحق وجود دارد و مالک اصلی می تواند با بایع این کارها را بکند یا با مشتری، پس هر دو ضامن و مشغول الذمه هستند.

جواب چهارم: قوله: مع انّ:

شما فرمودید: این که مالک اصلی حق دارد بایع را ملزم به پرداخت بدل نماید نوعی معاوضه قهری است ما می گوئیم: معاوضه یا اختیاری است که با قصد و انشاء انجام می گیرد و در ما نحن فیه این نوع از معاوضه قطعاً نیست، و یا معاوضه قهری است که در شرع مقدس موارد خاصّی دارد و ما دلیل نداریم بر این که ما نحن فیه از آن موارد باشد و

معاوضه قهرى باشد و مالک اصلى با اخذ بدل از بايع، ما فى ذمه المشتري را به بايع تمليك کند و او تملك نمايد، بلکه به مجرد اخذ بدل از بايع، حق مالک ساقط مى شود چون جای خالی مالش پر شد و «المتدارک لايتدارک»، و بايع هم حق مراجعه به مشتري دارد به بياني که ما داشتيم که مشتري را ضامن هر يك از بدل و مبدل على التخيير دانستيم.

جواب پنجم: قوله: مع ان:

اگر فرض كنيم كه سه يا چنديد بر مال پيدا شده طبق مبنای شما كه فقط يد اخير ضامن است اگر مالک اصلى به يد اول مراجعه كرد و از او عوض را گرفت و معاوضه قهرى انجام شد لازمهاش آن است كه يد اول مراجعه به يد اخير داشته باشد و از او عوض را مطالبه كند و حق مراجعه به يد دوم و سوم (ايادى وسطى) نداشته باشد؛ در حالى كه اجماع قائم است بر اين كه: يد اول حق دارد به يد دوم مراجعه كند و اگر دست دومى هم تلف نشده او نيز حق دارد به يد سوم مراجعه كند تا برسد به كسى كه متاع نزد او تلف شده است كه قرار ضمان بر عهده او است و اين با مبنای ما مى سازد كه همه يدها ضامن هستند نه با مبنای صاحب جواهر.

قوله: هذا كله:

تا به حال از اول مسأله هر چه مطرح شد در رابطه با حكم تلف عين در نزد مشتري بود، ضمناً حكم فرض بقاء عين هم در اوائل مسأله روشن شد كه تا عين مال باقى است نوبت به بدل نمى رسد و مالک اصلى فقط حق دارد عين مالش را مطالبه كند، اما مطلب تكميلي آن است كه: مالک اصلى مخير است كه عين مال را از مشتري (من عنده المال) مطالبه كند (به حكم الناس مسلطون على اموالهم و از شئون سلطنت آن است كه: هر كجا مال اش را بيابد مى تواند آن را بگيرد.) و يا از بايع فضولى (من جرث يده على المال) مطالبه كند و بايع وظيفه دارد از مشتري گرفته و به مالک تحويل دهد و اگر بايع نتوانست عين را از مشتري بگيرد (در سايه عدم دسترسى به مشتري يا عدم قدرت بر اخذ از او يا تغذر خود عين و دسترسى نداشتن به عين به سبب گم شدن و...) موقتاً بايد بدل عين را در اختيار مالک براى استفاده كردن بگذارد (بدل حيلوله) ولى حق استرداد عيني براى خود مالک محفوظ است و اگر استرداد كرد بايد حتماً بدل حيلوله را به بايع مسترد دارد. ولى به

صرف این که مالک خودش قدرت بر استرداد عین دارد و می تواند با مراجعه به مشتری عین را از او باز پس گیرد، باعث نمی شود که مسئولیت از بایع سلب شود و مالک سلطنت بر مطالبه از اوّلی نداشته باشد بلکه می تواند خود به مشتری مراجعه کند و مالش را بگیرد و می تواند بایع را ملزم به اخذ عین و تسلیم آن به مالک بنماید، زیرا بایع هم نسبت به عین ضامن است و باید از عهده بر آید و هر طوری شده آن را تحصیل کرده و به مالک ردّ کند حتّی اگر نیاز به بذل مخارجی باشد (خرج سفر و کرایه استرداد و...) که باید این ها را پردازد (مقدمه واجب واجب است).

قوله: نعم:

سؤال: حالا که خود مالک هم توان استرداد عین را دارد آیا می تواند از بایع فضولی مؤنه و مخارج استرداد را مطالبه کند و بگوید: تو خرج سفر مرا بده تا خودم بروم و متاع را بگیریم؟ خیر حق مطالبه ندارد و بایع خود می تواند اقدام کند و اگر مشتری خواست خودش برود باید مخارج رفت و برگشت و استرداد عین را خود متحمل شود.

قوله: ولولم یقدر:

فرض قبلی این بود که هم مالک و هم بایع هر کدام قدرت استرداد داشتند و گفتیم اگر خود مالک مباشرة اقدام کرد حق مطالبه اجرت ندارد، ولی حالا اگر بایع قدرت بر استرداد عین ندارد و تنها مالک اصلی قدرت دارد و برای استرداد و از بایع مطالبه اجرت می کند آیا بذل مؤنه و مخارج استرداد بر بایع واجب است یا نه؟ سه وجه وجود دارد:

۱- خیر، بذل واجب نیست زیرا به مجرد عجز بایع از استرداد، در حق وی صدق می کند که ردّ عین برای او متعذر است و قانون تعذر عین آن است که: بدل حیلولة را باید پردازد و بیش از این بایع مسئولیتی ندارد.

۲- بذل عوض واجب است به این دلیل که مقدمه واجب است.

۳- تفصیل و تفریق میان اجرت متعارف و معمولی و اجرت بیش از حدّ و افراطی که اگر به مقدار اجرت متعارف است باید بپردازد و اگر زیادی است و در حق بایع اجحاف و ظلم و تعدی صورت می گیرد پرداخت زیادی واجب نیست.

قوله: هذا کله:

مطالبی که در فرض بقاء عین آوردیم تماماً مربوط به صورتی بود که عین نزد مشتری

باقى است و هیچ تغییری پیدا نکرده حالا اگر عین متغیر شده باشد خود این فرض صور گوناگونی دارد (از قبیل: تغییر یا به نقیصه است یا به زیاده تغییر به زیاده یا متصل است مثل چاقی گوسفند و یا منفصل است، گاهی تغییر به مزج عین با مال مشتری است. که آن هم یا به جنس اعلی و اجود است و یا ادنی وارء و پست تر است و یا به مساوی، و گاهی تغییر به اینست که متاع را رنگ کرده و تعمیر نموده و...) مرحوم شیخ می فرماید: این مباحث با کتاب غصب مناسبتر است و لذا از طرح این صور در باب بیع فضولی صرف نظر می کنیم، اگر چه کثیری از فر و عاتی هم که تا به حال عنوان کردیم به درد کتاب الغصب بیشتر می خورد ولی به اندک مناسبتی بهانه پیدا کرده و فرصت را مغتنم شمرده و در اثر اهمّیت، آنها را در ما نحن فیه مطرح کردیم.

مسأله بیع مملوک و غیر مملوک یا بیع ما یملک و ما لا یملک

به طور کلی گاهی بایع صد در صد فضولی است و مال مردم را می فروشد. و گاهی صد در صد مالک است و تمام مبیع ملک خود او است و مال خود را می فروشد. و گاهی نسبت به بعضی مبیع مالک است و نسبت به بعضی فضولی است یعنی مال خود را با مال دیگری ضمیمه کرده و مجموع را به قیمت معینی می فروشد. آن چه از آغاز بیع فضولی تا به حال مطرح بود فرض اوّل بود که بایع فقط مال دیگری را مورد معامله قرار می داد و احکام این بخش مبسوطاً بیان شد. و فرض دوّم هم که فقط مال خودش را بفروشد حکمش روشن است. و فعلاً کلام در فرض سوّم است: اگر شخصی مال دیگری را با مال خودش (و یا مال موکّل و مؤلی علیه که از ناحیه آنان مأذون است). ضمیمه کرد و به معامله واحد فروخت، مثلاً عبد خودش را با عبد دیگری، کلّ مال مورد شرکت را بدون اذن شریک بدیگری فروخت، کتاب خود را با کتاب دیگری به شخص ثالث فروخت و... که نسبت به بخشی از مبیع مالک است و نسبت به بعضی فضولی است. چنین معامله ای چه حکمی دارد؟ آیا کلاً باطل است؟ یا کلاً صحیح است؟ یا نسبت به مقداری که ملک خود او است صحیح و نسبت به غیر مملوک باطل است؟ مرحوم شیخ مسأله را مبتنی می کنند بر اقوال و مبانی در بیع فضولی: بر مبنای قائلین به بطلان بیع فضولی به نظر مرحوم شیخ حکم مسأله ما حکم مسأله ای است که در پایان بیع فضولی خواهد آمد و آن عبارتست از: بیع ما یملک و ما لا یملک یا بیع ما یقبل الملک و ما لا یقبل الملک یعنی بیع چیزی که شرعاً قابل تملک است و مالیت دارد (مثل سرکه یا گوسفند) به ضمیمه چیزی که شرعاً قابل تملک نیست (مثل شراب یا خنزیر) و حکم آن مسأله عبارتست از اینکه: معامله نسبت به مقداری که مالیت دارد صحیح است و نسبت به مقدار دیگر باطل است و دلیل مطلب اجماع است و ما نحن فیه هم بلا خلاف مثل آن باب است پس نسبت به مملوک صحیح است و نسبت به غیر مملوک باطل است.

قوله: مضافاً:

علاوه بر اینکه ما نحن فیه مثل باب مذکور است و همان حکم را دارد، دلیل خاص هم داریم مبنی بر بطلان معامله نسبت به غیر مملوک و صحّت آن نسبت به مملوک و آن خبر

صَحِیْحُهُ صَفَّار است که قبلاً در ضَمْن اَدْلُهُ بطلان بیع فضولی آوردیم که امام علیه السلام می فرمود: لَا یَجُوزُ بَیْعُ مَا لَا یَمْلِکُ و قد وجب الشراء فیما یَمْلِکُ^۱ یعنی بیع چیزی که انسان مالکِ آن نیست جایز و نافذ نیست (این فراز دلیل بر بطلان بیع فضولی است) ولی نسبت به آنچه که انسان مالکِ او است خریدن و معامله واجب (ثابت یا لازم) است (این فراز دلیل بر صَحّت در ما نحن فیه است).

قوله: ولما ذکرنا:

به خاطر همین اجماع و نص خاص است که شیخ طوسی^۲ و ابن زهرة^۳ و ابن ادریس حلی^۴ و دیگران با اینکه بیع فضولی را باطل می دانند، در ما نحن فیه حکم به صَحّت کرده اند.

قوله: نعم:

على القاعدة حکم به صَحّت نسبت به ما یَمْلِک در ما نحن فیه مخدوش است زیرا که مقصود طرفین خرید و فروش مجموع دو مال من حیث المجموع بود نه قسمتی از آن و نسبت به مجموع، معامله صحیح نیست (فما قُصِد لم یقع) و نسبت به ما یَمْلِک هم که استقلالاً مقصود طرفین نیست (و ما وقع لم یقصد) و عقود هم تابع قصود است. پس با این حساب باید حکم به بطلان کُلّ بیع مذکور شود و نظیر این اشکال در بیع ما یُملَک و ما لا یُملَک (خمر و خَل) خواهد آمد. ولی به خاطر اجماع و نص خاص حکم به جواز و صَحّت می کنیم.

قوله: واما على القول:

تا به حال بر فرض بطلان بیع فضولی مسأله را بررسی می کردیم و اما بنابر قول به صَحّت بیع فضولی (که رأی مشهور همین بود) و توقّف آن بر اجازه مالک: از دو حال خارج نیست:

۱. مسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۵۲، باب دوم حدیث اوّل.

۲. مبسوط، ج ۲، ص ۱۴۵.

۳. غنیة، ص ۲۰۹ و ۲۳۰.

۴. سرائر الاحکام، ج ۲، ص ۲۷۵.

۱- یا مالک اصلی هم نسبت به ملک خودش معامله را امضا می‌کند در این صورت بدون کمترین تردیدی معامله صحیح است و ثمن المسمی به نسبت سهام میان بایع و مالک اصلی تقسیم می‌شود.

۲- و یا مالک اصلی معامله را ردّ کند، باز هم نسبت به مملوک بایع معامله صحیح است (و ثمن المسمی به نسبت سهام میان بایع و مشتری تقسیم می‌گردد.) زیرا اولاً این فرض پائین تراز فرض قول به بطلان بیع فضولی که نیست و در فرض بطلان هم گفتیم معامله نسبت به ما یملک صحیح است، پس در ما نحن فیه که از اوّل قائل به بطلان نشدیم و موقوف بر اجازه کردیم و بالعرض و در سایه ردّ مالک معامله نسبت به غیر مملوک باطل شد، نسبت به مملوک به طریق اولی صحیح است.

ثانیاً مرحوم شیخ می‌فرماید: ما نحن فیه نظیر موردی است که بایع خیال می‌کرد و معتقد بود که هر دو متاع ملک او است و لذا هر دو را با هم فروخت و بعد معلوم شد که قسمتی از مبیع ملک او نبوده و حکم این صورت آنست که نسبت به مقدار مملوک معامله صحیح است.

قوله غایة الامر:

بر فرض ردّ مالک اصلی، معامله نسبت به مقدار مملوک باطل نمی‌شود، حد اکثر اینست که برای مشتری حق الخيار تبعض صفقه پیدا می‌شود و اگر نخواست معامله را کلاً فسخ می‌کند (چون گاهی کلّ مبیع مقصود مشتری است و بعض یا نصف به حال او مفید نیست.) آنهم در فرضی که مشتری جاهل بود و نمی‌دانست که بایع فضولی است و مال خود را با مال دیگری ضمیمه کرده و می‌فروشد ولی اگر عالم بود و اقدام کرد به اجماع فقهاء امامیه حق الخيار هم ندارد. این ادعای اجماع را علامه در تذکره فرموده است.^۱

قوله بل:

نه تنها مشتری حق الخيار دارد بلکه شیخ طوسی در کتاب خلاف فرموده: اقوی آنست که بایع هم حق الخيار دارد^۲ ولی سید بن زهره در غنیه^۳ جزماً فرموده: بایع حق الخيار ندارد و صحیحهُ صفّارهم مؤید همین قول است (که بایع خيار ندارد.) چون فرمود: و قد

۱. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۶۶. ۲. خلاف، ج ۳، ص ۱۴۶.

۳. غنیه، ص ۲۳۰.

و جب الشراء فیما یملک یعنی در آن بخشی که فروشنده مالک بود معامله واجب و لازم شد پس حق فسخ ندارد. (البته اینکه فراز مزبور را مؤید قرار داد نه دلیل برای آن است که: در کلمه وَجَبَ دو احتمال وجود دارد: یکی اینکه به معنای لغوی کلمه باشد اِیْ تَبَّتْ منظور این باشد که در قسمت مملوک معامله ثابت است و باطل نیست ولی منافاتی با جواز تزلزل و خیاری بودن ندارد. و احتمال دیگر اینکه وَجَبَ به معنای لَزِمَ باشد یعنی معامله در این بخش لازم است و قابل فسخ نیست).

قوله: وریما:

ظاهر سخن شیخ طوسی با کلام ابن زهره تنافی دارد زیرا شیخ برای بایع خیار را ثابت کرد و ابن زهره آن را نفی کرد، حال در این فراز درصدد وجه الجمع و رفع تنافی هستیم: کلام شیخ بر یکی از دو فرض حمل شده:

۱- فرض جهل: یعنی موردی را می‌گوید که خود بایع جاهل به فضولیت بوده و خیال می‌کرد هر دو مال ملک خود او است و بعد کشف خلاف شد بایع هم مقصّر نیست و حق الخیار دارد (ای چه بسا کُلِّ ثمن مقصود بایع است و بعض آن به حال بایع فایده ندارد).

۲- فرض ادّعی اذن: یعنی می‌داند که یکی از دو مال ملک او نیست و ملک دیگری است ولی ادّعا دارد که از طرف مالک اصلی وکیل بوده و اذن داشته و حالا مالک اصلی منکر اذن و توکیل است و معامله را ردّ می‌کند، باز بایع مقصّر نیست و حق الخیار دارد و کلام ابن زهره بر فرض علم بایع حمل شده یعنی بایع می‌دانست که یکی از این دو متاع ملک او نیست و معذّلك اقدام کرد پس او حق الخیار ندارد، پس منافاتی میان اثبات و نفی در کلام شیخ و سید بن زهره نیست.

قوله: ثم ان:

تا به حال اصل مسأله روشن شد که نسبت به ما یَمْلِکُهُ البایع معامله صحیح است و لو مالک اصلی نسبت به مال خودش معامله را ردّ کند. حال می‌گوییم: در برخی از کلمات این حکم به صحت قیدی هم دارد که بجا است و آن اینکه: حکم به صحت در صورتی است که از عدم اجازه مالک اصلی محذور دیگری پیش نیاید و تالی فاسدی پیدا شود و معامله از جهت دیگر باطل نباشد و گرنه جای حکم به صحت حتّی نسبت به مملوک

نیست. و مواردی که تالی فاسد دیگری پیدا شود فراوان است که دو مورد را می آورند:

۱- عدم اجازه مالک اصلی مستلزم ربا نباشد و معامله در مقدار مملوک ربوی نشود و گرنه لزوم ربا مانع شرعی است و معامله را نسبت به ما یُملِک هم باطل می کند. مثلاً شخصی سه درهم خود را با سه دینار دیگری به یکدیگر ضمیمه کرد و به پنج دینار و پنج درهم فروخت، اگر بعداً مالک سه دینار معامله را اجازه کرد در اینجا برای فرار از ربا می گویم: پنج دینار در مقابل سه درهم و پنج درهم در قبال سه دینار واقع می شود و تفاضل اشکالی ندارد چون همجنس به هم جنس نیست ولی اگر مالک اصلی معامله را رد کرد و سه دینار خود را گرفت، حکم به صحّت معامله نسبت به سه درهم مستلزم ربا است که سه درهم در برابر پنج درهم و یا حتی مقداری هم زیادی از دنانیر قرار گرفته و این تفاضل در متجانسین است که ربا است و باطل است. شبیه این مثال با توضیحات بیشتر و دفع اشکالات در بعض حواشی آمده^۱.

۲- می دانیم که بیع عبد آبق (فراری) به تنهایی و بدون ضمیمه جایز نیست چون قدرت بر تسلیم ندارد آری با ضمیمه صحیح است حال اگر بایع عبد فراری خود را با عبد دیگری ضمیمه کرد و فروخت چنانچه مالک اصلی اجازه کرد معامله صحیح است ولی اگر رد کرد مبیع منحصر به عبد آبق می شود و در جای خود در شروط عوضین خواهد آمد که بیع عبد آبق صحیح نیست.

قوله: ثم ان البيع:

اصل مسأله عبارت بود از بیع مملوک و غیر مملوک یا ما یملک و ما لا یملک و حکم مسأله هم این بود که: نسبت به مملوک معامله صحیح است و نسبت به غیر مملوک موقوف به اجازه مالک آن بخش است اگر اجازه کرد در آن بخش هم صحیح است و اگر رد کرد در آن بخش باطل می شود آنگاه حصّه ای از ثمن المسمی به ملک بایع در می آید و سهمی از آن به ملک مشتری بر می گردد. و مهمّ اینست که: راه شناخت این دو سهم چیست؟ چگونه می توانیم بفهمیم که سهم بایع از ثمن مثلاً $\frac{۱}{۳}$ یا $\frac{۱}{۴}$ و... است؟ و سهم مشتری $\frac{۲}{۳}$ یا $\frac{۳}{۴}$ و... باقیمانده است؟

مرحوم شیخ در دو مقام بحث می‌کنند: مقام اوّل در غیر مثلیّات یعنی در اجناس قیمی است. و مقام دوّم در مورد مثلیّات است. در مقام اوّل در مجموع برای معرفت سهم عادلانه هر کدام از ثمن سه روش را مورد بررسی قرار می‌دهند.

طریق اوّل که مختار خود شیخ اعظم می‌باشد عبارتست از اینکه: نخست هر یک از مملوک و غیر مملوک را جدا جدا قیمت کرده و قیمت واقعی هر کدام را بدست می‌آوریم، سپس دو قیمت واقعی را با یکدیگر جمع می‌کنیم سپس قیمت هر کدام را با مجموع و حاصل جمع دو قیمت می‌سنجیم و نسبت هر کدام به مجموع بدست می‌آید سپس به همین نسبت از ثمن المسمّی را از بایع گرفته و به مشتری بر می‌گردانیم یا مشتری خود مراجعه کرده و از بایع استرداد می‌کند و اگر هنوز ثمن را تسلیم نکرده این مقدار را تسلیم نمی‌کند. مثال: بایع کتاب کفایه خود را با مکاسب دیگری به هم به نهصد تومان فروخت و بعداً مالک مکاسب نسبت به کتاب خویش معامله را ردّ کرد، ابتدا هر کدام را جدا قیمت می‌کنیم، فرض کنید کفایه به تنهایی پانصد تومان ارزش دارد و مکاسب هم هزار تومان، حاصل جمع دو قیمت هزار و پانصد تومان است و مقدار مملوک یعنی کفایه نسبتش به قیمت مجموع $\frac{1}{3}$ می‌باشد آنگاه ثلث ثمن (نهصد تومان) که سیصد تومان می‌شود به بایع تعلق می‌گیرد و دو ثلث آن که ششصد تومان باشد به مشتری بر می‌گردد.

یا مثال دیگر که ابن ادریس در سرائر آورده^۱ و شیخ اعظم هم می‌پسندد: بایع، مملوک و غیر مملوک را به سه دینار فروخته سپس نسبت به غیر مملوک معامله ردّ شد (البته فرقی ندارد اگر اجازه کند سهم به مالک اصلی می‌رسد و اگر ردّ کند به مشتری عودت داده می‌شود). نخست هر یک را قیمت می‌کنیم فرض کنید قیمت واقعی مملوک یک قیراط است ($\frac{1}{4}$ مثقال طلا) و قیمت غیر مملوک دو قیراط است و جمع اینها سه قیراط می‌شود و نسبت مملوک به این مجموع ثلث است پس یک سوّم ثمن را (یک دینار) به بایع می‌دهیم و نسبت غیر مملوک دو ثلث است پس دو دینار از سه دینار ثمن را هم به مشتری می‌دهیم. سپس شیخ اعظم می‌فرماید: علامّه هم در کتاب ارشاد به همین شیوه تصریح کرده آنجا که فرموده: و یَقْسُطُ الْمُسْمَى عَلَى الْقِيَمَتَيْنِ^۲ یعنی ثمن المسمّی بر

مجموع دو قیمت واقعی توزیع می شود و به نسبت از ثمن به بایع و مشتری داده می شود.
قوله: و لعله:

طریق دوم که مختار جماعتی از قبیل محقق اول در شرایع^۱ و علامه در قواعد^۲ و شهید در لمعه^۳ می باشد این است که: ابتدا مملوک و غیر مملوک را من حیث المجموع و به هیئت اجتماعیه و اتصالیّه (نه جدا جدا) و روی هم رفته قیمت می کنیم و وقتی قیمت مجموع را به دست آوردیم آنگاه یکی از آن دو را جدا گانه قیمت می کنیم و سپس نسبت آن را به قیمت مجموع به دست می آوریم و به همان نسبت از ثمن المسمی نزد بایع می ماند و ملک او می گردد و ما بقی به مشتری عودت داده می شود (در ادامه مثالهای مختلفی برای این روش خواهد آمد).

مرحوم شیخ اول می فرماید: شاید منظور این جماعت هم از طریق مذکور، همان طریقه ما باشد و شاهد ما تفسیری است که محقق ثانی از عبارت علامه در ارشاد دارد که فرموده: منظور علامه نیز همین است^۴ در حالی که ملاحظه کردیم که منظور علامه طریق اول بود، بنابر این دو طریق مذکور یکی است و تنها اختلاف در تعبیر دارند.

قوله: ولکن:

گر چه در فراز قبلی گفتیم: شاید مراد اینها هم همان طریق اول باشد ولکن انصاف این است که تطبیق این طریق بر طریق اول مشکل است چرا که این جماعت اول فرموده اند: یقومان جمیعاً یعنی مملوک و غیر مملوک را جمیعاً قیمت می کنیم و این عبارت دو احتمال است: ۱- منظور از جمیعاً این باشد که دو جنس را مجموعاً و روی هم رفته قیمت می کنیم ۲- منظور از جمیعاً این باشد که بدون استثناء هر یک از آن دو را قیمت می کنیم که طبق این احتمال با طریق اول دمساز است. ولی این احتمال مبتلا به اشکال است چرا که به دنبالش فرموده اند ثم یقوم احد هما... یعنی پس از تقویم هر دو، یکی از آن دو جدا قیمت می شود، و اگر منظور از فراز اول این بود که هر کدام جدا جدا قیمت می شوند، نیازی به فراز دوم نبود و این فراز تکراری بود. پس نتیجه می گیریم که منظور این جماعت طریق دیگری است و آن این که: ابتدا هر دو را به هیئت اجتماعیه و منضم به یکدیگر

۱. شرایع ج ۲ ص ۱۵.

۲. قواعد ج ۱ ص ۱۲۵.

۳. اللعة الد مشقیه ج ۳ ص ۱۱۰.

۴. حاشیه المقاصد ج ۴ ص ۷۸.

قیمت می‌کنیم سپس یکی از آن دو را استقلالاً و جداگانه قیمت می‌کنیم سپس نسبت قیمت یکی را به مجموع ملاحظه کرده و به همان نسبت ثمن المسمی را تقسیط می‌نمائیم.

قوله: و من هنا:

این فراز شاهد دیگری است بر این که منظور جماعت مزبور طریق دوم است و آن اینکه: بر همین اساس که منظور آنان طریق جدائی است، محقق ثانی^۱ و جماعتی به پیروی از ایشان در صدد اشکال بر آمده و فرموده‌اند: این ضابطه دوم ماده نقض دارد و کلیت ندارد و به اطلاق آن اعتراض داریم در بسیاری از موارد هیئت اجتماعیه در فزونی قیمت دخیل نیست و دو نوع مال را (مملوک و غیر مملوک) چه جدا جدا قیمت کنیم و چه روی هم رفته قیمت کنیم توفیری ندارد مثل عبد و امه، کتاب مکاسب و کفایه، این ماشین و آن ماشین، این منزل و آن منزل و... در اینجاها ثمره‌ای ظاهر نمی‌شود و هر یک از طریق اول و دوم را برویم نتیجه یکسان است پس می‌توانیم از طریق دوم برویم.

ولی در برخی از موارد هیئت اجتماعیه در ازدیاد قیمت دخیل است و اینجا است که طریق دوم مبتلا به اشکال است مثلاً دو لنگه درب منزل با هم و من حیث المجموع که مکمل یکدیگر هستند قیمت بالائی دارند ولی یک لنگه به تنهایی قیمت نازلی دارد و هکذا دو لنگ کفش و هر آنچه که بصورت زوج و جفت و دو تا با هم یا سه تا با هم مکمل هم هستند و از ارزش بیشتری برخوردار هستند. در اینگونه موارد طریق ما عادلانه است ولی طریق دوم ظالمانه است، بیان مطلب:

فرض کنید شخصی دو لنگه درب را که یکی ملک خود او است و دیگری مال شخص دیگر است به پنج هزار تومان به شخص ثالث فروخت و مالک لنگه دیگر معامله را رد کرد و باید مقداری از ثمن به مشتری برگردانده شود، و فرض کنید که قیمت مجموع دو لنگه در با هم ده هزار تومان است ولی قیمت هر کدام جداگانه دو هزار تومان است. در اینجا طبق طریقه ما اول هر کدام را جدا قیمت می‌کنیم که دو هزار تومان است سپس جمع می‌کنیم (۴ هزار تومان) سپس نسبت قیمت یکی را با مجموع می‌سنجیم ($\frac{1}{4}$)

و به همین نسبت از ثمن به مشتری بر می‌گردد (۲۵۰۰ تومان) و این عادلانه است. ولی طبق طریقهٔ دوم، اول مجموع را روی هم قیمت می‌کنیم (ده هزار تومان) سپس یکی را جدا قیمت می‌کنیم (دو هزار تومان) سپس نسبت سنجی می‌کنیم ($\frac{1}{8}$) و به همین نسبت از ثمن به مشتری بر می‌گردد یعنی هزار تومان، و باقیمانده یعنی چهار هزار تومان مالِ بایع می‌شود و این ظلم به مشتری است. پس طریق دوم مادهٔ نقض دارد.

قوله: ولکن:

این فراز استدراک از اشکال مذکور می‌باشد و مجدداً مرحوم شیخ در صدد توجیه طریق دوم بر آمده و دو توجیه برای آن ذکر می‌کنند:

۱- یا همین ظاهر تعبیر را گرفته و می‌گوییم: منظورشان این است که: اول مجموع را منضم به یکدیگر قیمت می‌کنیم سپس یکی را جدا گانه و... و در صدد توجیه می‌گوییم: کلام این جماعت حمل بر غالب می‌شود یعنی در صدد بیان ضابطهٔ کلی نیستند بلکه حکم غالب افراد را بیان می‌کنند که غالباً هیئت اجتماعی نقشی در افزایش قیمت یا نقصان آن ندارد و در نتیجه فرقی میان طریقین نیست. و موارد نادری هم که نقش دارد (از قبیل مثالی که در ضمن اشکال آوردیم) به حکم «النا در کالمعدوم» مورد اعتنای اینان نیست. پس نقض مذکور بر اینان وارد نیست.

۲- و یا منظورشان از: یقومان جمیعاً همان طریق ما است بدون استثناء هر یک از دو مال جدا جدا قیمت می‌شود و این که دوباره فرموده‌اند: ثم یقوم احد هما، منظور این نیست که: دوباره یکی را جدا قیمت می‌کنند تا اشکال شود که تکراری است بلکه منظورشان این است که: وقتی هر کدام را ابتدا قیمت کردند و آن دو را جمع کردند، سپس قیمت یکی را با حاصل جمع ملاحظه کرده و می‌سنجد. اگر مرادشان این باشد که همان طریقهٔ اول بود، بیان آنها ضابطه‌ای و قانونی بوده و حکم صد در صد موارد را بیان می‌کنند و نقضی هم وارد نیست.

قوله: والّا:

اگر از دو توجیه مذکور صرف‌نظر کنیم باید بگوییم: نه تنها اشکال مذکور و مادهٔ نقض مذکور (که سخن از مدخلیت هیئت اجتماعی در از دیاد قیمت بود) وارد است بلکه اشکال مهمتری داریم که ما را از اشکال اول بی‌نیاز می‌کند و با وجود اشکال اساسی‌تر

نوبت به اشکال مذکور نمی‌رسد چرا که اشکال مذکور قابل جواب است به این که کسی بگوید: چه مانعی دارد که $\frac{4}{5}$ از ثمن مال بایع و $\frac{1}{5}$ مال مشتری شود؟ و اگر بگوئید: این ظلم بر مشتری و ضرر به او است. می‌گوییم: با قانون لا ضرر حق الخيار برای مشتری جعل می‌شود و جلو ضرر او گرفته می‌شود و لذا خیلی اشکال مهمی نیست. آری ماده نقض مهمتری دارد که مربوط به فرض دخالت هیئت اجتماعیه در نقصان قیمت است، بیان مطلب:

گاهی هیئت اجتماعیه نه در زیاد شدن قیمت سهمی دارد و نه در کم شدن آن که غالب موارد چنین است. و گاهی هیئت اتصالیه در فزونی قیمت دخیل است آن گونه که در اشکال قبل بود که از دو لنگه درب مثال آوردند. و گاهی هیئت انضمامی در کاستی قیمت دخیل است یعنی اگر دو شیئی و مال را جدا جدا قیمت کنیم خیلی قیمت بالا است و اگر روی هم رفته ارزش گذاری کنیم قیمت خیلی کاهش می‌یابد. فی المثل دو تا عبد را در نظر بگیرید از اجتماع آندو نزدیک مولی و در یک منزل مفاسدی از قبیل: سرقت، خیانت، سستی در خدمت و... پدید می‌آید، چون آندو با یکدیگر تبانی دارند و قرار گذاشته‌اند که اینگونه باشند ولی اگر از یکدیگر جدا باشند این مفاسد پیش نمی‌آید و هر کدام بدرستی وظیفه خود را انجام می‌دهند، و مشتری هم از این ویژگی خبر دارد. یا مثلاً دو کنیز را فرض کنید که مادر و دختر هستند و اگر هر دو ملکی یک مولی و در خانه یک مولی باشند شرور و مفاسدی بیار می‌آید ولی اگر جدای از یکدیگر باشند این محاذیر را ندارند.

در چنین مواردی اگر کسی بخواهد هر دو عبد یا امه را با هم به فرد ثالثی بفروشد خیلی ارزاتر خریداری می‌شود، فی المثل بایع هر دو امه یا عبد را که یکی مال او است و یکی مال دیگری است به مبلغ هشت هزار تومان فروخته ولی وقتی هر یک را جداگانه قیمت می‌کنیم هر کدام ده هزار تومان ارزش دارند (که بیش از قیمت مجموع است) و یا هر کدام هشت هزار تومان قیمت دارند (که به اندازه قیمت مجموع است) در چنین فرضی طبق طریقه ما باید هر کدام را جدا جدا قیمت کنیم که ده هزار تومان است و سپس آیندو را جمع کنیم که بیست هزار تومان می‌شود و سپس یکی را که ده هزار تومان بود با مجموع بسنجیم که نصف می‌باشد و به همین نسبت یعنی $\frac{1}{2}$ از ثمن المسمی که

هشت هزار تومان بود به مشتری برگردد یعنی چهار هزار تومان نزد بایع و چهار تومان نزد مشتری و این عادلانه و طریق وسط است. ولی طبق طریق دَوَم ابتدا مجموع دو عبد یا دو امه را قیمت می‌کنیم (ده هزار تومان) سپس یکی را جدا قیمت می‌کنیم (باز هم ده هزار تومان) و نسبت قیمت یکی به قیمت مجموع نسبت تساوی و تماثل است پس باید مماثل ثمن المسمی را از بایع بگیریم و به مشتری بدهیم یعنی کلّ هشت هزار تومان را و این مستلزم جمع ما بین ثمن و مثنی یا عوض و معوّض در ملک یک نفر می‌شود که هم جاریه بایع را مالک شده و هم تمام ثمن را و چنین چیزی از محالات است و با قانون معاوضه سازگار نیست. این است اشکال اساسی طریق دَوَم که قابل جواب هم نیست.

قوله: فالتحقیق:

از نقض و ابرامهای گذشته به این نتیجه می‌رسیم که: علی التحقیق در کلیه موارد (چه مواردی که هیئت اجتماعی نقشی ندارد و چه مواردی که در زیادی قیمت دخیل است و چه مواردی که در نقصان قیمت دخیل است) همان طریقه اوّل عادلانه و مستقیم و صحیح است و نوبت به طریق دَوَم نمی‌رسد.

قوله: فان قلت:

مستشکل می‌گوید: همان طوری که طریق دَوَم مبتلا به اشکال شد، طریق اوّل نیز مستلزم ظلم و ضرر بر مشتری و مبتلا به اشکال است و ناگزیر باید طریق سوّمی را در پیش گرفت، بیان مطلب: مشتری که اقدام می‌کند و دو چیز را با هم خریداری می‌کند گاهی به این صورت است که هر کدام استقلالاً مطلوب و مقصود هستند ولی در صورت و ظاهر به یک لفظ بر هر دو انشاء بیع کرده ولی در واقع بیوع متعدّد است و به تعداد اموال متعدّد می‌شود نظیر عام استغراقی، در این فرض باید هر مالی جدا ملاحظه شود و ببینیم آیا مشمول ادله صحیح بیع هست یا نه؟ ولی گاهی مجموع را من حیث المجموع و به قید اجتماع و انضمام خریداری می‌کند که بحث ما در اینجا است و فرض در موردی است که هیئت اجتماعی در زیادی قیمت دخیل است و مقداری از ثمن در برابر آن واقع می‌شود، فی المثل دو لنگه درب را به پنج هزار تومان خریده که در واقع هزار تومان در برابر این لنگه و هزار تومان در برابر لنگه دیگر و سه هزار تومان در برابر هیئت اجتماعی است، و بعداً مالک نصف دیگر، معامله را ردّ کرد و مالش را پس گرفت در اینجا هم یک لنگه

درب از مشتری اخذ شد و هم هیئت اجتماعیّه بهم خورد و وصف مجتمع بودن از بین رفت و برای مشتری باقی نماند.

در چنین فرضی اگر طریقهٔ اوّل را برویم باید هر کدام را جدا قیمت کنیم (هزار تومان) سپس آن دو را جمع کنیم (دو هزار تومان) سپس نسبت یکی را به مجموع بسنجیم $(\frac{1}{4})$ و به همین نسبت از ثمن المسمّی برداریم یعنی دو هزار و پانصد به بایع و دو هزار و پانصد به مشتری بدهیم و این ظلم بر مشتری است که به مقدار هزار و پانصد تومان که در برابر وصف اجتماعیت بود به او داده نشده است.

و اگر از طریق دوّم برویم باید مجموع را قیمت کنیم (پنج هزار تومان) سپس یکی را به تنهایی قیمت می‌کنیم (هزار تومان) و نسبت سنجی کنیم $(\frac{1}{5})$ و به نسبت از ثمن به مشتری بدهیم یعنی تنها هزار تومان برگردد و چهار هزار تومان نزد بایع بماند که این نیز ظلم بر مشتری است و ظلم فاحش‌تر است که اصلاً هیئت اجتماعیّه ملحوظ نشده در حالی که مشتری مبلغی از ثمن را در قبال هیئت مذکور داده بود.

و لذا بهتر است طریق سوّمی را در پیش بگیریم یعنی ثمن المسمّی را بر هر یک از دو مال جدا جدا و بر هیئت اجتماعیّه توزیع کرده و به نسبت ملک بایع (که یک لنگه تنها است) از ثمن به او بدهیم $(\frac{1}{5})$ و باقیمانده یعنی $(\frac{4}{5})$ که هزار تومانش در قبال مال دیگر است و سه هزار تومان در برابر هیئت اجتماعیّه است را به مشتری برگردانیم تا ظلم نشود.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ می‌فرماید: در باب عدوان و غصب، وصف مذکور ضمانت دارد یعنی اگر کسی دو لنگهٔ درب کسی را غصب کرد و تلف شد باید کلّ مبلغ پنج هزار تومان را بدهد. ولی در باب معاوضات کلیّهٔ اوصافی که در زیاد شدن قیمت دخیل هستند (وصف کتابت، خیاطت و...) و منجمله وصف اجتماع ضمانت ندارد و اگر از بین رفت طرف ضامن نیست (مگر وصف صحّت که حسابش جدا است) در نتیجه وصف اجتماع مضمون نیست و مشتری حق ندارد بابت تلف آن از بایع وجهی بگیرد، آری حدّا کثر این است که اگر شرط کرده‌اند که مجتمع با هم باشند و حالا نیستند، حقّ الخيار تخلّف شرط برای مشتری درست می‌شود و گرنه بایع ملزم به پرداخت خسارت وصف تالف نیست.

پس بر می‌گردیم به طریقه خودمان که روشی عادلانه است.

قوله: و لافرق:

گاهی ملک بایع و ملک دیگری که با هم فروخته شده‌اند در خارج به دو وجود جداگانه موجود هستند مثل عبد و امه، دو لنگه در، مکاسب و کفایه و کُلّ مثالهایی که تا به حال زدیم. و گاهی به یک وجود موجود می‌باشند مثل عبدی که مثلاً $\frac{1}{3}$ آن به بایع تعلق دارد و $\frac{2}{3}$ آن ملک دیگری است و کُلّ عبد را به دیگری فروخته است مرحوم شیخ می‌فرماید: معیار همان طریقه اول است و فرقی میان دو فرضی که الان مطرح است وجود ندارد و در فرض وحدت وجود هم ممکن است کسی سطحی نگر باشد و بگوید: حال که عبد واحد را فروخته و $\frac{1}{3}$ آن را مالک است باید ثمن را اثلاثاً تقسیم کرد و $\frac{1}{3}$ ثمن ملک بایع و بقیه به مشتری برگردد، ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: چنین نیست زیرا چه بسا اهل معامله نسبت به خریدن $\frac{1}{3}$ رغبت کمتری نشان می‌دهند تا خریدن $\frac{2}{3}$ و لذا قیمت سهام جدا جدا ممکن است متفاوت باشد، فرض کنید کُلّ عبد را به دوازده هزار تومان فروخته است اگر ثمن را اثلاثاً قسمت نمایم چهار هزار تومان به بایع تعلق می‌گیرد ولی اگر جداگانه هر سهمی را قیمت کنیم چه بسا قیمت $\frac{1}{3}$ دو هزار تومان باشد و قیمت $\frac{2}{3}$ شش هزار تومان که حاصل جمع آن دو هشت هزار تومان می‌شود و دو هزار نسبت به هشت هزار یک چهارم است پس باید رُبُع ثمن المسمی را به بایع بدهیم که سه هزار تومان است نه چهار هزار تومان.

قوله: و اما المثلی:

آنچه تا به حال در طریق تقسیط ثمن گفته آمد در مورد میبعی بود که از قیّمیات باشد مثل عبد و امه و منزل و... و اما اگر مبیع از مثلیات باشد مثلاً صد من گندم وجود دارد که پنجاه من ملک بایع و پنجاه من دیگر ملک غیر است و بایع هر دو را به مشتری فروخت به نهصد تومان و مالک اصلی سهم خود را اجازه نکرد چه کنیم؟ مرحوم شیخ دو صورت ذکر می‌کنند:

۱- اگر حصّه بایع و دیگری به صورت مشاع است و صد من تفکیک نشده حکم آن است که کل ثمن بر کُلّ مبیع توزیع می‌شود و هر کدام به نسبت سهم خود از ثمن می‌گیرند یعنی اگر مالک نصف هستند نصف ثمن را می‌برند و اگر یکی مالک ثلث و

دیگری مالک دو ثلث است، ثمن اثلاثاً توزیع می شود.

۲- ولی اگر حصّه ها از یکدیگر تفکیک شده و در دو ظرف جدا است و بایع هر دو را با هم می فروشد حکم مثلی همانند حکم قیمی است و طریقه همان است که ما گفتیم که هر کدام جدا قیمت می شوند و سپس قیمت ها را جمع می کنیم و سپس نسبت سنجی می کنیم....

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه اگر دو حصّه صد در صد از لحاظ جَوَدَت و ردائت مثل هم باشند نیازی به طریقه ما نیست و طریقه دَوّم هم صحیح است ولی اگر یک حصّه جَید و دیگری متوسط یا یکی جَید و دیگری رَدّی و یا یکی متوسط و دیگری پست باشد نیاز به طریقه ما هست تا به کسی ظلم نشود.

مسأله بیع نصف الدار

از اوّل بیع فضولی تا اینجا تمام مباحث مربوط به فرض علم به فضولیت بود و می دانستیم که فلان بیع، بیع فضولی است و احکام آن را بیان می کردیم: ولی این مسأله در مورد شک در فضولیت است: دو نفر بصورت مشاع در منزلی شریک هستند (البته دو نفر از باب مثال و حدّاقلّ است و شما می توانید شرکت را میان سه یا چند نفر هم فرض کنید) و هر کدام نصف خانه را مالک هستند (باز نصف از باب مثال است و فرض ثلث و ربع و... نیز داریم که با مقایسه حکم آنها هم روشن می شود). حال یکی از آنها نصف منزل را به فرد ثالثی فروخت، در اینجا چهار صورت وجود دارد:

۱- یقین داریم که فروشنده نصف مشاع خویش را فروخته (یا نیت کرده نصف خودش را و یا حتّی به زبان آورده و گفته: بعثّ النصف المملوک لی و...) در این فرض قطعاً معامله صحیح است و ادلّه صحّت بیع این فرض را می گیرد، و حدّاکثر برای شریک دیگر حقّ الشفعه ای منظور می شود.

۲- یقین داریم که فروشنده نصف مشاع شریکش را فروخته (یا قصد غیر داشته و بعد اقرار کرده و یا به زبان آورده و گفته: بعثّ نصف شریکی و...) چنین بیعی هم جزماً بیع فضولی است و احکام آن را دارد.

۳- اجمالاً می دانیم که قصد نصف دارد ولی شک داریم که نصف خودش را قصد

کرده یا سهم شریک را؟ از خودش هم پیرسیم اظهار می‌کند که نمی‌داند. این فرض را مرحوم شیخ مطرح نکرده است.

۴- یقین داریم که فروشنده نه نصف مملوک خویش را قصد کرده و نه نصف شریکش را بلکه کلی را قصد کرده یعنی وقتی می‌گوید: بعث نصف الدار، معنای همین لفظ را قصد می‌کند بدون قصد اضافه به خویش یا به شریک، فرض مورد بحث اینجا است که لفظ نصف الدار را که مبیع است بر چه چیز حمل کنیم؟ سه احتمال متصور است:

۱- اطلاق کلام را به نصف مملوک خود بایع حمل کنیم و حکم به صحّت نمائیم.
 ۲- اطلاق کلام را بر نصف مملوک شریک حمل کنیم و حکم به فضولیت کنیم.
 (مرحوم شیخ این را ذکر نکرده‌اند و به قول مرحوم شهیدی: لم يذكر احتمال حمله علی نصف الغير مع انه انساب بالفضولی، لعدم ما یکشف عن ذلک^۱ یعنی این احتمال دلیلی ندارد و چیزی که کاشف از آن باشد نداریم).

۳- اطلاق کلام را بر نصف مشاع میان دو حصّه (حصّه بایع و اجنبی که شریکش باشد) حمل کنیم و بگوییم: منظور بایع این است که در واقع نصف نصف خودش و نصف نصف شریکش را فروخته که نسبت به نصف نصف خودش یا ربع مجموع معامله صحیح است و نسبت به ربع دیگر که نصف نصف مال شریک باشد معامله فضولی است و بنابر این احتمال مسأله مورد بحث مصادقی از مصادیق مسأله سابق است که بیع ما یملک و ما لا یملک بود.

سؤال: سر چشمه دو احتمال مذکور (۱ و ۳) کجاست؟ و دو احتمال مزبور از کجا نشأت می‌گیرند؟

جواب: در اینجا سه ظهور مطرح است که تعارض میان آنها منشأ دو احتمال مذکور گردیده:

- ۱- کلمه نصف عند الاطلاق بر نصف مشاع میان دو حصّه حمل می‌شود و بر اشاعه مبیع میان دو حصّه دلالت می‌کند و نتیجه‌اش احتمال سوّم است (ظهور اطلاق)
- ۲- چون بایع با گفتن بعث نصف الدار در مقام تصرّف است (بیع نوعی تصرّف ناقل

در مال است) و اصل عقلائی آن است که انسان عاقل هر تصرفی را نمی‌کند بلکه تصرفی را می‌کند که نافذ و مؤثر باشد و ظاهرً حال این را دلالت می‌کند آنگاه به قرینه مقام تصرف و ظاهر حال مسلم (تصرف صحیح می‌کند و حمل بر صحت باید کرد) و ظاهر حال عاقل (که تصرف نافذ می‌کند) لفظ مبیع یعنی نصف الدار بر نصف مختص به بایع حمل می‌شود نه بر نصف مشاع میان دو حصّه زیرا اگر بر نصف مشاع حمل شود لازمه اش آن است که نسبت به نصف نصف شریک، تصرف بایع یعنی بیع او نافذ نباشد و خلاف ظاهر حال مذکور است. (البته در غیر مقام تصرف کلمه نصف عند الاطلاق بر نصف مختص حمل نمی‌شود، مثلاً در مقام اقرار که مبسوطاً در ادامه خواهد آمد اگر شخصی اقرار کرد که نصف منزل به فلانی تعلّق دارد بر نصف مشاع حمل می‌شود نه نصف مختص، ولی در مقام تصرف به قرینه ظاهر حال بر نصف مختص حمل شد و در این ظهور پیدا کرد.) نتیجه این ظهور احتمال اول است. (ظهور انصرافی)

۳- لفظ بعث یا ملک هم که فعل بایع است و بر انشاء بیع و تملیک دلالت دارد، ظهور در تملیک بالاصالة و الاستقلال دارد یعنی وقتی می‌گوید: بعث و قید نمی‌کند که نفسی یا لغیری، ظاهرش این است که برای خود و از طرف خود می‌فروشد نه از ناحیه دیگری و به عنوان نیابت و فضولیت و غیره، چرا که بیع مال دیگری نیازمند این است که: یا قصد غیر داشته باشد که علی الفرض ندارد (فرض مسأله این بود جز مفهوم لفظ نصف الدار چیزی و کسی را قصد نکرده) و یا عقیده داشته باشد که مال به خودش تعلّق دارد تا در صدد فروش بر آید که علی الفرض اینهم نیست. و یا مثل غاصب بنا را بر تملک مال غیر بگذارد و آن را بفروشد که علی الفرض چنین بنائی هم ندارد. و وقتی هیچکدام نبود اطلاق لفظ بعث و ملک بر بیع لنفسه و تملیک بالاصالة حمل می‌شود. نتیجه این ظهور هم احتمال اول است. (ظهور اطلاقی)

حال منشأ احتمال اول و سوم یا تعارض ظاهر لفظ نصف (در نصف مشاع) است با ظهور مقام تصرف. و یا تعارض ظاهر نصف است با ظاهر بعث و ملک در بیع مال خودش، و این تعارض باعث شد که ما در مسأله دو احتمال بدهیم و هیچ کدام را تعیین نکنیم.

قوله: ومما ذكرنا:

فخرالدین ره فرع دیگری را مطرح کرده و ما نحن فیه را به آن جا قیاس کرده و آن این که: مولائی عبدی به اسم غانم دارد، مولای دیگر هم کذلک و کلمه غانم مشترک لفظی میان دو عبد است یکی از دو مولای مزبور در مقام معامله گفت: بعث غانماً یعنی یک عبدی را که نامش غانم است فروختم، در اینجا با این که لفظ مبیع (غانماً) مجمل است ولی ادعای اجماع شده بر این که: این کلمه به عبد خود بایع انصراف دارد. فخرالدین فرموده: ما نحن فیه هم کذلک یعنی وقتی مالک نصف می گوید: بعث نصف الدار، لفظ نصف اجمال دارد و به حکم اجماع مزبور می گوئیم: این لفظ انصراف به نصف خود بایع دارد و مشکل حل می شود

مرحوم شیخ می فرماید: قیاس مع الفارق است زیرا در فرع مذکور لقط غانم اجمال داشت و مشترک لقطی بود و ظهور در هیچکدام نداشت و لذا ظهور مقام تصرف در نصف مختص و نیز ظهور بعث در بیع لنفسه بلامعارض بودند و توسط این دو ظهور آن اجمال و ابهام تفسیر و رفع می شد و بر عبد خودش حمل می شد و اجماع مجمعین هم بر این اساس بود. ولی در ما نحن فیه خود واژه نصف هم ظهوری دارد که ظهور در اشاعه باشد و این است که با هر یک از دو ظهور دیگر تعارض می کنند و سبب دو احتمال و ابهام می گردند. پس قیاس درست نیست.

قوله: ثم إن:

تا به حال فرضی مطرح بود که بایع نه از سوی شریک و کالتی داشت و نه بر او ولایتی داشت و بلکه اجنبی بود و دو احتمال مطرح شد که منشأ آن هم تعارض ظهورها بود. حالا فرض وکالت و ولایت مطرح است یعنی بایع علاوه بر این که خودش نصف مشاع را مالک است، نسبت به نصف دیگر هم مأذون در بیع است به این که یا وکالت دارد و یا ولایت دارد، در چنین فرضی اگر بایع به طور مطلق گفت: بعث نصف الدار و اضافه به خودش یا شریکش (موکل یا مولی علیه) نکرد و در دل هم قصد خصوص یکی از آن دو را نداشت آیا چنین بایعی ملحق به اجنبی است (و همان دو احتمال اینجا هم می آید)؟ یا ملحق به اجنبی نیست (و یک احتمال بیشتر اینجا نمی آید)؟ می فرماید: در این باره دو وجه وجود دارد (۱- الحاق ۲- عدم الحاق) و این دو وجه مبتنی هستند بر این که از سه

ظهور مذکور (۱- ظهور اطلاقِ نصف در نصف مشاع میان دو حصّه ۲- ظهور انصرافی نصف در مقام تصرّف در نصف مختصّ ۳- ظهور بعث در بیع بالا صالّه) تعارض بین کدامها باشد؟

اگر ظهور لفظ نصف در اشاعه میان دو حصّه با ظهور انصرافی همین کلمه در نصف مختصّ متعارض باشند، در ما نحن فیه (فرض وکالت و ولایت) باید گفت: ظهور دوم با ظهور اوّل معارض نیست زیرا که بر فرض حمل بر نصف مشاع شود باز هم تصرّف با بیع نافذ است چون وکالت یا ولایت دارد و ظاهر حال در اینجا منافی با ظاهر نصف در مشاع نیست پس ظهور اوّلی بلا معارض است و نتیجه آن است که ما نحن فیه (وکیل یا ولی) ملحق به اجنبی نیست و دو احتمال مذکور در اینجا جریان ندارد بلکه یک احتمال بیشتر نیست و آن حمل بر نصف مشاع میان دو حصّه است.

ولی اگر ظهور نصف در اشاعه با ظهور بعث در تملیک بالا صالّه معارض باشد، در ما نحن فیه هم این تعارض هست و در نتیجه علی القاعده باید گفت: همان دو احتمال در اینجا نیز جاری است. ولی مرحوم شیخ نظرشان این است که: ظهور بعث در تملیک بالا صالّه با ظهور نصف در نصف مشاع قدرت معارضه ندارد و ظهور نصف در اشاعه مقدّم است، به دلیل این که: ظهور بعث یا ملکّ در تملیک بالا صالّه یک ظهور اطلاق و مبتنی بر مقدّمات حکمت است یعنی اگر قرینه‌ای بر خلاف نبود حمل بر بیع لنفسه می‌شود و گرنه نه، البته ظهور لفظ نصف هم در اشاعه یک ظهور اطلاق است و مبتنی بر مقدّمات حکمت است و این که قرینه‌ای بر خلافتش نباشد لکن ظهور مقید بر ظهور مطلق مقدم است یعنی: لفظ بعث که فعل با بیع است مطلق است چون قابلیت دارد که به دنبالش کلمه دار بیاید یا دابّه یا عبد و... و اگر هم لفظ دار آمد آیا کُلّ دار باشد یا نصف آن و...، و لفظ نصف که متعلّق فعل است

مقید است و اطلاق بعث را تقیید می‌کند در هر کدام اصالّه الاطلاق جاری است ولی مقید با همه اصول لفظی عقلانی که در آن جاری می‌شود بیائیت و مفسّر دارد و بر مطلق با اصول آن تقدّم دارد، بنابر این نوبت به اطلاق بعث نمی‌رسد و ظهور نصف در اشاعه را باید گرفت. پس ما نحن فیه (فرض وکالت و ولایت) مثل صورت قبل (فرض اجنبی بودن) نیست و دو احتمال ندارد.

قوله: وما ذكره:

این فراز در واقع دفع دخل است و جواب از یک اشکال که مبتنی بر مبنای شهید ثانی است که مکرّر می‌فرمود: فضولی و مکره فقط قاصد لفظ هستند و قاصد معنی نیستند، روی این اصل مستشکل می‌گوید: درست است که ظهور مقید بر ظهور مطلق مقدّم است و اصل لفظی جاری در مقید هم بر اصل جاری در مطلق تقدم دارد و خلاصه باید جانب مقید را گرفت ولی این در صورتی است که اصل جاری در مقید معارض و بلکه اصل وارد و حاکم و مقدم نداشته باشد، ولی در ما نحن فیه اصل جاری در مقید معارض دارد زیرا اصل عقلانی در هر متکلم عاقل این است که: لفظی را که می‌گوید مدلول آن را اراده می‌کند و صرفاً کلام لغوی بر زبان جاری نمی‌کند (این را اصالة القصد گویند) آن‌گاه اگر نصف را بر مشاع بین دو حصّه حمل کنیم لازم می‌آید که لااقلّ در بخشی بیع فضولی شود (نسبت به $\frac{1}{4}$) و بایع قاصد مدلول نباشد ولی اگر بر نصف مختص حمل کنیم این محذور را نداریم، به حکم اصالة القصد بر نصف مختص حمل می‌کنیم و نوبت به اخذ به ظهور نصف در اشاعه نمی‌رسد.

قوله: الا انه:

از اشکال مذکور دو جواب می‌دهیم:

۱- مکرّر در مباحث گذشته گفته آمد که: فضولی هم قاصد معنی هست و قصد انشاء دارد و از این جهت کمبودی ندارد و از لحاظ طیب نفس مالک کمبود دارد. و کلام شهید ثانی هم توجیه شد پس بر نصف مشاع هم حمل شود با اصالة القصد مخالفتی نشده

۲- بر فرض قبول مبنای مذکور می‌گوییم: در فرض اجنبی بودن شریک این اشکال وارد است ولی در فرض وکالت یا ولایت وارد نیست چرا که قصد حقیقی به مدلول در مورد وکیل و ولی موجود است. و لذا اقوی این است که در مورد ایندو کلمه نصف را بر اشاعه حمل کنیم و ظاهر نصف را اخذ کنیم و نوبت به دو احتمال نمی‌رسد.

قوله: الا ان يمنع:

تا به حال اصرار بر این بود که لفظ نصف عند الاطلاق بر نصف مشاع حمل می‌شود و ظهور در اشاعه میان دو حصّه دارد یعنی نصف نصف از مال خود بایع و نصف نصف از

سهم شریک، ولی از حالا ورق بر می‌گردد و می‌فرمایند: ممکن است کسی بگوید: نصف الدار قدر مسلّم ظهور در نصف مشاع از مجموع خانه دارد و معنایش این است که: من $\frac{1}{4}$ این منزل را فروختم و نصف مشاع از مجموع یک عنوان کلی است که سه مصداق دارد و قابل صدق بر هر کدام می‌باشد:

۱- بر نصف مشاع خود بایع صدق می‌کند چون آن هم نصف مشاع از مجموع دار است.

۲- بر نصف مشاع شریک بایع هم صدق می‌کند زیرا این نیز نصف مشاع از مجموع است.

۳- بر نصف نصف مال بایع و نصف نصف مال شریک هم صدق می‌کند چون این‌ها نیز روی هم نصف مشاع از مجموع را تشکیل می‌دهند. و حمل کلی بر خصوص این فرد سوّم بلا دلیل است، بلکه دلیل بر خلافش داریم و آن این که چنین چیزی خلاف فرض است چون از اوّل مسأله بنابر این گذاشتیم که بایع فقط مفهوم کلمه نصف الدار را اراده کرده نه نصف مشاع ما بین دو حصّه را یا نصف مشاع مختص را. و چون نصف الدار بر نصف مختص خود بایع هم صادق است بر همین حمل می‌شود زیرا مقام تصرّف قرینه است که بایع عاقل تصرّف نافذ می‌کند نه هر تصرّفی. در نتیجه کلمه نصف بر نصف مختص حمل می‌شود نه بر اشاعه میان دو حصّه.

تنظیر: ما نحن فیه نظیر موردی است که شخصی از طرف دیگری وکیل شده که صد من گندم به صورت بیع سلف برای او بفروشد، ضمناً خود وکیل قصد دارد برای خودش چنین بیعی را انجام دهد. و در مقام بیع می‌گوید: صد من گندم پیش فروش کردم به هزار تومان و تعیین نمی‌کند که به ذمه خودم یا به عهده موکلم، در اینجا هم با اینکه این عبارت کلی است و تاب و توان حمل بر فروش نیابتی و برای موکل را دارد ولی تا بتوان بر بیع بالاصاله حمل کرد نوبت به بیع نیابتی نمی‌رسد.

قوله: ولعله:

این فراز شاهی است بر حمل لفظ نصف عند الاطلاق بر نصف مختص نه مشاع، و آن فرعی است از کتاب نکاح: اگر مردی زنی را به عقد خود در آورده است و صداق و

مهریه او را عین خارجی (مثلاً یک باب منزل) قرار داد و سپس آن زن نصف مشاع آن منزل را به خود شوهر (یا به فرد ثالثی) هبه کرد، و بعد هم شوهر قبل از آمیزش آن زن را طلاق داد، در این جا جماعتی از بزرگان از قبیل: محقق اوّل، علامه، شهید اوّل، شهید ثانی و دیگران فرموده‌اند: شوهر به سبب طلاق دادن نصف دیگر عین را (نصف باقیمانده چون نصف را قبلاً هبه کرده و با هبه ملک شوهر شده) استحقاق پیدا می‌کند و مالک می‌شود. و خود نصف مشاع را مالک می‌شود، نه اینکه از نصفی که باقی مانده بود نصف این نصف ($\frac{1}{4}$ مجموع) را و قیمت نصف تالف (نصفی که قبلاً هبه شد و از ملک زوجه در آمد و کالتالف است) را مستحق شود. (ملاحظه می‌فرمائید که: فتوی این است که خود نصف را مالک می‌شود نه نصف نصف موجود و قیمت نصف تالف را، و این فتوی با اختصاص می‌سازد نه با اشاعه) البته این را هم به صورت یک احتمال ذکر کرده‌اند که نصف نصف موجود و قیمت نصف تالف را ببرد ولی فتوی بر این نیست فتوی بر اوّلی است که خود نصف موجود را مستحق می‌شود و خبری از اشاعه بین دو حصّه نیست. و این فتوی به استحقاق خود نصف از این باب است که لفظ نصف بر تمام نصفی که باقی است صدق می‌کند (از قبیل صدق کلی بر فرد) و در نصف موجود در آیه شریفه «نصف ما فرضتم لهنّ»^۱ داخل می‌شود.

قوله: وان کان:

البته فتوای مذکور را می‌توان توجیه کرد به نحوی که با اشاعه بسازد و آن اینکه: در واقع زوج پس از طلاق زوجه، نصف نصف موجود و قیمت نصف تالف را استحقاق پیدا می‌کند و نصف نصف دیگر باقیمانده مال زوجه است ولی از آنجا که نصف نصف باقیمانده‌ای که سهم زوجه است ($\frac{1}{4}$ مجموع) صد در صد مثل آن $\frac{1}{4}$ تالف است یعنی از هر حیث با آن مساوی است و تفاوت بالااعتبار است (به اعتبار اینکه این $\frac{1}{4}$ مال زوج است، آن مال زوجه لذا بدل از تالف می‌شود و زوج به جای قیمت تالف، خود این نصف موجود را تملک می‌کند. پس اخذ $\frac{1}{4}$ موجود بالاصاله نیست بلکه بالبدلیه است. تنظیر: در باب قرض که انسان مالی را که قیمی است قرض کرد (ابتدا به ساکن

قیمت به عهده‌اش می‌آید و وی به قیمت مشغول الذمه می‌شود ولی اگر تصادفاً از عین مال قرضی استفاده نکرد و همچنان در دستش ماند تا موعد اداء دین فرا رسیدن می‌تواند خود عین را بدهد و کفایت می‌کند و نیازی به اداء قیمت نیست و در واقع دفع عین بدل از قیمتی است که به ذمه‌اش آمد.

نتیجه: طبق توجیه مذکور باید فرع مزبور را بر اشاعه حمل کرد نه بر اختصاص، ولی این توجیه است و ظاهر فتوی این است که: زوج خود نصفی را که موجود است مالک می‌شود نه نصف نصف موجود و نصف نصف تالف را، پس طبق ظاهر فتوای جماعت مذکور، لفظ نصف عند الاطلاق بر نصف مختص حمل می‌شود نه مشاع و شاهی بر مطلبی است که در الا آن یمنع... ذکر شد.

قوله: لکن:

این فراز استدراک از اصل این شاهد مثال است و آن اینکه: منظور حضرات نصف مختص نیست بلکه اشاعه مراد است زیرا بدنبال فتوای مذکور در مقام تعلیل فرموده‌اند: چون این نصفی که موجود است به مقدار حق زوج است و نگفته‌اند: خود حق زوج است، از تعبیر به کلمه مقدار و اندازه می‌فهمیم که حق زوج چیز دیگری است (نصف نصف باقی قیمت نصف تالف) و این نصف موجود را که می‌گیرد به اندازه آن حق است و لذا کفایت می‌کند وگرنه می‌گفتند: لانه حقه یعنی نصف باقی خود حق زوج است.

نتیجه: با این تعلیل می‌توان گفت: فرع مذکور شاهی بر ما نحن فیه نیست و منافات با ما نحن فیه دارد زیرا که در ما نحن فیه سخن از اختصاص است و در شاهد مزبور سخن از اشاعه است.

قوله: و نظیره:

باز هم باب دیگری داریم که ظاهر فتوای فقهاء در آن باب با ما نحن فیه منافات دارد و آن باب صلح است: شخصی در منزلی ساکن است و بر آن ید دارد و در آن متصرف است دو نفر دیگر که ذوالید هم نیستند آمده‌اند و ادعا می‌کنند که این منزل مال پدر مرحوم آنها بوده و به آندو به ارث رسیده و الان ملک آنها است و ذوالید سخن یکی را تصدیق می‌کند و اقرار و اعتراف می‌کند که نصف این منزل مال فلانی است و دیگری را تکذیب می‌کند، سپس مَقْرَئَه آن نصف مَقْرَبه را با شخص مَقْر مصلحه می‌کند و می‌گوید: من این

نصف را به هزار دینار با تو مصالحه کردم که هزار دینار را بدهی و من کاری به کار تو نداشته باشم آیا این مصالحه درست است؟

مشهور فرموده‌اند: نسبت به نصف نصف مُقَرَّبَه نافذ است ولی نسبت به نصف نصف دیگر منوط به اذن یا اجازه مدعی دیگر است. حال اگر بنا بود نصف نصف مختص حمل شود باید می‌گفتند: مُقَرَّلَه که نصف را مصالحه کرد چه تعیین کند که نصف خود را مصالحه کردم (آنهم چه قبل از اقرار ذوالید باشد و چه بعد از آن) و چه مطلق بگذارد که به قرینه مقام تصرف بر نصف خودش حمل می‌شود، در هر حال باید حمل بر اختصاص شود و وجهی برای اشتراک میان مُقَرَّلَه و مدعی دیگر نباشد، در حالی که فتوی به اشاعه دادند و مصالحه را در پُلِ نافذ دانستند و... و این با ما نحن فیه منافی است.

قوله: ولذا:

به خاطر همین تنافی مرحوم سید مجاهد در مناهل اختصاص را اختیار کرده و فرموده: اگر بر نصف مصالحه کردند بر نصف مختص به خود مُقَرَّلَه حمل می‌شود نه بر نصف مشاع میان دو حصّه.

قوله: وفصل:

مرحوم شهید ثانی در مسالک تفصیل قائل شده و سه صورت ذکر کرده است:

۱- اگر مصالحه بر نصف مورد ادعای خود مصالح انجام بگیرد (قبل از اقرار یا پس آن) بر نصف مختص حمل می‌شود.

۲- و اگر بر مطلق نصف مصالحه کنند باز بر نصف مختص حمل می‌شود به قرینه مقام تصرّف (مصالحه کردن)

۳- ولی اگر بر نصفی که مُقَرَّبَه است مصالحه کنند بر نصف مشاع حمل می‌شود و باید مدعی دیگر هم اجازه کند.

دلیل صورت اوّل: لفظ نصف ظهور وضعی در نصف مختص دارد و بر آن حمل می‌شود.

دلیل صورت دوّم: لفظ نصف ظهور انصرافی در نصف مختص دارد و بر آن حمل می‌شود.

دلیل صورت سوّم: باب اقرار در نزد فقهاء بر اشاعه حمل می‌شود.

قوله: و اعترضه:

محقق اردبیلی در مجمع الفائدة به شهید ثانی اعتراض کرده و فرموده: این سه صورتی که شما درست کردید از بحث خارج است و تفصیل در مورد بحث نیست، مورد بحث مصالحه بر نصف مورد اقرار است و در این قسمت شما قائل به اشاعه شدید نه تفصیل.

قوله: و علی کل حال:

چه در مورد بیع نصف منزل، لفظ نصف بر نصف مشاع میان دو حصّه حمل شود و چه بر نصف مختص به خود بایع، در این جهت تردیدی نیست که در مورد اقرار، لفظ نصف بر اشاعه حمل می شود پس اگر دو نفر به صورت مشاع در منزل شریک هستند و یکی از آن دو در محکمه اقرار می کند که نصف این منزل به فرد ثالثی تعلق دارد و هیچ قرینه حالی و مقامیه و مقایه ای هم وجود ندارد که دال بر این باشد که مقرر نصف خود را اراده کرده، در اینجا حمل بر اشاعه می شود و می گوئیم منظورش این است که: فلانی نصف نصف من و نصف نصف شریکم را مالک است و نسبت به $\frac{1}{4}$ مربوط به شریک، او باید این اقرار را تصدیق کند و اگر تکذیب کرد پیش از $\frac{1}{4}$ به مقررله نمی رسد.

قوله: و لهذا الفتوا:

و به خاطر همین حمل بر اشاعه در باب اقرار است که فقهاء فرموداند: اگر دو نفر که با یکدیگر در منزل شریک هستند و هر کدام بر نصف عین ید و سلطه دارند و در آن تصرف می کنند (مرحوم شهیدی از این جمله تقسیم را استفاده کرده و فرموده: منظور این است که دو شریک با یکدیگر زمین را تقسیم کرده اند و شواهدی هم ذکر کرده اند ولی از این جمله تقسیم مستفاد نیست و حداکثر این است که فعلاً طبق تبانی، هر شریکی از بخشی بهره برداری می کند اما این که واقعاً تقسیم کرده باشند و عین را تفکیک کرده باشند مستفاد نیست.) سپس یکی از دو نفر اقرار و اعتراف می کند به این که زمین یا باغ یا منزل فقط مال ما دو نفر نیست بلکه نفر سوم هم به طور مساوی با ما شریک است و ثلث زمین یعنی دو دانگ از شش دانگ هم به او تعلق دارد و نفر دیگر این امر را انکار می کند و رقیش را بر این اقرار تکذیب می کند، در اینجا طبق اقرار مقرر، فرد ثالث هم بطور مشاع در تمام زمین حق دارد و از جمله در این نصفی که دست مقرر است و طبعاً باید هر بخشی را اثلاً تقسیم کنند پس این سه دانگ در واقع یکی مال مقرر است و دیگری از آن شریک

و سومی از آن مَقْرَله منتهی شریک چون منکر شرکت فرد ثالث است می‌گوید من همین سه دانگ را که در اختیار من است تصرف می‌کنم و به کسی نمی‌دهم و کاری به نصف دیگر ندارم و یک دانگ یا $\frac{1}{6}$ را هم مَقْر و مَقْرَله بطور مساوی تقسیم می‌کنند و در مجموع به هر کدام یک و نیم دانگ تعلق می‌گیرد و به عقیده مَقْر یک دانگ دیگر ($\frac{1}{6}$) هم باید شریک به اینها بدهد ولی او منکر است و نمی‌دهد و به عقیده مَقْر او ظالم و غاصب است و در مال مشاع اگر کسی بخشی را غصب کرد ضرر به هر دو شریک می‌خورد پس هم به مَقْر و هم مَقْرَله ضرر وارد می‌شود و هر کدام نصف سدس یعنی $\frac{1}{12}$ متضرر می‌شوند. و این طرز تقسیم در باب اقرار به معنای اشاعه است.

قوله: و دعوی:

معارض می‌گوید: مقتضای اشاعه این نیست که همین نصفی را که در دست مَقْر است به طور مساوی تقسیم کنند بلکه آن است که یک ششم از مقدار این که در دست مَقْر است به مَقْرَله بدهند و $\frac{1}{6}$ هم از نصفی که در دست منکر است (عیناً مثل این که مَقْر در مقام اقرار صریحاً بگوید: فرد ثالث در دست هر کدام از ما دو نفر $\frac{1}{6}$ سهم دارد) آنگاه اقرارش نسبت به $\frac{1}{6}$ که در دست شریک است نافذ نیست چون اقرار عقلاء بر انفس خودشان نافذ است نه بر نفس دیگران، در نتیجه بر مَقْر واجب است که $\frac{1}{6}$ از آنچه در دست خودش است یعنی $\frac{1}{6}$ مجموع زمین را به فرد ثالث واگذار کند و $\frac{1}{6}$ دیگر را به عقیده مَقْر باید مَقْرَله بدهد که ظلم می‌کند و نمی‌دهد، پس مَقْر تقصیری ندارد تا او هم متحمل ضرر باشد بلکه او $\frac{2}{6}$ خود را می‌برد و تمام ضرر نسبت به $\frac{1}{6}$ تالف به مَقْرَله وارد می‌شود و ربطی به مَقْر ندارد.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما این اعتراض را دفع می‌کنیم به این که: اگر آنچه در دست شریک منکر است عین مال او باشد مثل این که دو منزل جداگانه است و یکی دست زید و دیگری دست بکر است و زید در محکمه اقرار می‌کند که نصف از منزل من و نصف از منزل بکر مال خالد است و بکر این معنی را انکار می‌کند، در اینجا حق با معارض است یعنی اقرار مَقْر نسبت به نصف منزل خودش نافذ است نه نصف منزل بکر و به عقیده مَقْر، بکر ظالم است و حق مَقْرَله را نمی‌دهد و تلف نصف از ملک خالد محسوب

می شود. ولی در ما نحن فیه آن نصف یا سه دانگی که در دست شریک است عین مال او که نیست بلکه به مقدار حصّه مشاعه او از کلّ زمین است که به عقیده مقرر، شخص ثالث هم در آن شرکت دارد (از این فراز به خوبی استفاده می شود که تقسیم صورت نگرفته و فعلاً هر کدام از نصف زمین بهره برداری می کنند.) منتهی چون شریک منکر است و بینه ای بر اثبات شراکت فرد ثالث در میان نیست، در ظاهر شارع مقدّس اذن داده که منکر از تمام نصف استفاده کند و در نتیجه اگر اشاعه در کار است به عقیده خود مقرر، مقرّله با آنها سهم مساوی دارد پس این نصف را باید تنصیف کنند و آن $\frac{1}{4}$ که در دست منکر است و به اینها نمی رسد از هر دو تلف شده هم از مقرر و هم از مقرّله و معنی ندارد که تمام آن را از مال مقرّله حساب کنیم و ضرر به او برسد.

قوله: الا علی احتمال:

فقط یک احتمال ضعیف هست که $\frac{1}{4}$ تلف از مال فرد ثالث محسوب شود و این احتمال مبتنی بر دو نکته است:

الف: همانطور که غصب به جزء معین تعلق می گیرد (به این که غاصب نصف شمالی زمین کسی را به زور بگیرد و غصب کند.) هکذا به جزء مشاع هم تعلق می گیرد (به این که ظالمی دست یکی از دو شریک را از زمین یا منزل شریکی کوتاه کند و خود با شریک دیگر از منافع آن استفاده کند.) این نکته قابل قبول است و محذوری عقلاً یا شرعاً ندارد. و خارجاً هم فراوان واقع می شود.

ب: تقسیم دو شریک مالک با یکدیگر یا با وکیل دیگری کاملاً صحیح است ولی آیا تقسیم با غاصب هم صحیح است یا نه؟ این احتمال مدّعی است که: آری تقسیم با غاصب هم صحیح است و اگر شریک با غاصب تقسیم کردند تمام آنچه بدست شریک می رسد مخصوص او است و خالص برای او است و آنچه به دست غاصب می رسد صد در صد ملک واقعی مغضوب منه است و ربطی به شریک ندارد و دلیل صحّت تقسیم دو امر است:

۱- عسر و حرج: این که بگوییم: شریکی که مالک است باید کماکان صبر کند تا غاصب کنار برود و حق تقسیم ندارد عسر حرج و مضیقه است و شریک حق دارد سهم خود را تقسیم کند پس به حکم قانون نفی حرج می گوییم: حقّ تقسیم دارد.

۲- سیره: در طول تاریخ سیره بر این بوده که شریک واقعی به غاصبین سهم خود را تقسیم می کرده اند و منعی نرسیده است. نتیجه این احتمال: در ما نحن فیه هم به عقیده مقرر، شریک دیگر، غاصب حق مقررله است و حال می گوید: من کاری به شما ندارم و همین سه دانگ را تملک می کنم و تقسیم مزبور شرعاً صحیح باشد آنگاه مقداری که در دست منکر اضافه بر حق او است (به عقیده مقرر) یعنی $\frac{1}{6}$ خالصاً ملک مقررله می شود و تمام خسارت به او وارد می شود نه به مقرر.

ولی این احتمال ضعیف است و تقسیم با غاصب شرعاً درست نیست و دو دلیل مذکور هم قابل جواب است (اما عسر و حرج: بقاء بر شرکت هم هر جا عسر و حرج نیست تا مجوز صحت تقسیم باشد، سیره هم معلوم نیست به زمان معصوم منتهی شود و مورد امضای آنان باشد). پس کماکان تمام آن زمین علی الاشاعه میان شرکاء است و به عقیده مقرر، مقررله هم بطور مساوی سهم است پس آنچه در دست مقرر است باید بطور مساوی تقسیم شود.

قوله: نعم:

تا به حال اصرار داشتیم بر این که نصف موجود در دست مقرر به طور مساوی تقسیم می شود و $\frac{1}{6}$ تالف هم از مال هر دو تلف می شود ولی حالا تبصره ای زده و می گویم: مقرر که تقصیری ندارد که خسارت را متحمل شود، این شارع مقدس است که در ظاهر (چون بینه ای به نفع مقرر نیست) اذن داده که منکر از تمام نصف استفاده کند و سهم مقررله را به او ندهد آنگاه طبق اذن شرعی تلف صورت گرفته و تمام ضرر به مقررله وارد می شود و $\frac{1}{6}$ از مال او تلف می شود و ربطی به مقرر ندارد. و این مورد فرق دارد با آنجائی که غاصبی صد متر از هزار متر مشاع را به ظلم وعدوان غصب کند که ضرر به هر دو شریک می خورد ولی در ما نحن فیه با اذن شارع بوده که به منکر اجازه داده تا در ظاهر، حق مقررله را تصرف کند و ضرر به مقرر وارد نمی شود.

قوله: ولعله لذا:

و باب اقرار به نسبت هم شاهدی بر این مطلب است که اگر دو برادر هستند و هر کدام نصف ترکه را می برند ولی یکی از آندو اقرار کرد که برادر سومی هم دارند و ترکه باید اثلاثاً تقسیم شود، و برادر دیگر این امر را انکار کرد، در اینجا فقهاء نفرموده اند: آن

نصفی که در دست مقرر است بطور مساوی میان او و فرد ثالث قسمت شود و ضرر به هر دو وارد شود، بلکه فرموده اند: به مقرر مقدار حقش ($\frac{2}{3}$ در مجموع بر فرض بودن برادر سوم و یا $\frac{2}{3}$ از این ترکه) داده می شود و زائد بر آن یعنی $\frac{1}{3}$ نصف یا $\frac{1}{6}$ از مجموع ترکه به فرد ثالث داده می شود و تمام ضرر به فرد ثالث می خورد و $\frac{1}{6}$ باقیمانده را که برادر دیگر تصاحب کرده سهم همین فرد ثالث را تصاحب کرده و ربطی به مقرر ندارد.

قوله: ولكن لا يخفى:

مرحوم شیخ تبصره مذکور را با شاهد مثالش رد می کنند، اما اصل تبصره! این که شما احتمال دادید و گفتید: ممکن ان یقال... احتمال ضعیفی است چرا که مقرر خودش اقرار کرده و گفته: فلانی هم با ما دو نفر در این منزل شریک است و ثلث مشاع مال او است و به حکم «اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ» شارع او را ملزم می کند که به مقتضای اقرارش با مقرر معامله کند، و مقتضای اقرار این است که: همانطور که اگر یقین داشتیم که مقرر راست می گوید، حکم به تنصیف و تقسیم مساوی می کردیم همچنین الان که یقین به صدق او نداریم (در سایه انکار و تکذیب دیگری نمی دانیم مقرر راست می گوید یا نه) باز به حکم اقرار باید نصف عین که در تصرف مقرر است تنصیف شود. (اصولاً در فرض علم به شرکت فرد ثالث یا قیام بینه شرعی یعنی شهادت عدلین و یا اقرار یکی از شرکاء به مشارکت فرد ثالث به نحو مشاع، این حکم هست که فرد ثالث به طور مساوی از مال سهم می برد).

قوله: واما المنکر:

و وظیفه مقرر روشن شد که به مقتضای اقرارش با او معامله می شود و سهمی که نزد او موجود است میان او و مقرر قسمت می شود و اما و وظیفه منکر: او اگر ما بین خود و خدایش می داند که مقرر است می گوید و فرد ثالث با آنها شریک است شرعاً در مقدار حصه اش ($\frac{2}{3}$ از مجموع) حق تصرف دارد و در زائد بر حصه اش ($\frac{1}{3}$ از مجموع) تصرفش حلال و جایز نیست و باید به مقرر و مقرر برگرداند. (و اگر جاهل است که در ظاهر به حکم اصل برائت تصرف او حلال است).

قوله: واما مسألة الاقرار:

اما شاهد مثال تبصره که از باب اقرار به نسبت بود: می فرمایند: گرچه مشهور همانگونه

فتویٰ داده‌اند که قبلاً ذکر شد (اذا اقر بئالذ دفع الیه الزائد عما يستحقه با عتقاده و هو الثلث و لا یدفع الیه نصف ما فی یدہ...) و مرحوم ثقة الاسلام کلینی هم آن را از جناب فضل بن شاذان نقل کرده و نقل کلینی بگونه ایست که از آن استفاده می‌شود که کلینی ره به همان فتوای فضل اعتماد کرده و فتوای او را مثل روایت او قرار داده^۱ (که برای دیگران هم حجت باشد) ولی عده‌ای از متأخرین از کلینی و مانند او صریحاً فرموده‌اند: این سخن مخالف قاعده است (قاعده تنصیف است نه اعطاء زائد، حتی جناب شهید ثانی در مسالک فرموده: اقوی این است که: در باب اقرار به نسبت نیز بر اشاعه حمل شود^۲ و سبط شهید ثانی هم از ایشان پیروی کرده^۳ و صاحب ریاض هم کذلک^۴

قوله: و الظاهر:

اگر برسید: با اینکه فتوای مشهور در باب اقرار به نسبت بر خلاف قاعده است مستند و مدرک آنان در این فتوی چیست؟ خواهیم گفت: مستند آنان پاره‌ای روایات ضعیفه است که با عمل اصحاب الحدیث از قبیل کلینی و فضل بن شاذان و دیگران جبران شده است و آن روایات عبارتند از:

۱- جناب شیخ صدوق به نحو مرسل و جناب شیخ طوسی به نحو مستند از ابوالبختری و وهب بن وهب از امام صادق علیه السلام از پدر بزرگوارش امام باقر علیه السلام نقل کرده‌اند که امام باقر فرمود: در زمان امام علی علیه السلام قضیه‌ای پیش آمد و آن اینکه: مردی از دنیا رفته و چندین وارث بر جای گذاشت اگر یکی از ورثه اقرار کرد که پدر مرحوم‌شان بدهکاری داشته (ولی بقیه منکر شدند) چه باید کرد؟ امام علی فرمود: همان وارثی که اقرار کرده از حصّه او از ترکه باید دیون میت ادا شود و نه از کلّ ما ترک (و سهم سایر ورثه که منکر هستند) و اگر دو نفر از ورثه اقرار به دین کردند و هر دو عادل بودند شرعاً بیّنه درست می‌شود و شهادت آنها در حقّ سایر ورثه هم نافذ است و از کلّ ترکه باید دین میت پرداخته شود، و اگر آندو عادل نبودند از حصّه خود آندو باید دین میت ادا شود و ربطی به بقیه ورثه ندارد (تا اینجا اقرار بر امر مالی بود) و اگر یکی از ورثه اقرار کرد که ما برادر یا خواهر دیگری هم داریم (اقرار به نسبت) باید از حصّه مقرّ، سهم مقرّ له داده شود و

۲. مسالک ج ۲ ص ۱۴۵.
۴. ریاض المسائل ج ۲، ص ۲۴۶.

۱. الکافی ج ۷ ص ۱۶۶
۳. نهاية المرام.

ربطی به دیگران ندارد^۱ (البته از این جمله اخیر فتوای مشهور یعنی زائد بر حصّه مقرّ مستفاد نیست و با اشاعه و تنصیف هم می سازد).

۲- با سند مذکور باز هم نقل شده که امام علی «ع» فرمود: کسی که اقرار کند ما ورثه برادر دیگری هم داریم به حکم اقرار، آن فرد ثالث هم شریک در مال است ولی به صرف اقرار یک نفر، نسبت ثابت نمی شود و سایر احکام نسب مرتّب نمی شود. و اگر دو نفر اقرار کردند و عادل نبودند باز مقرّله شریک در مال است و اگر دو نفر عادل بودند هم از راه بیّنه نسبت ثابت می شود و هم با بقیّه در ما ترک شریک هستند^۲ (باز از این روایت هم فتوای مشهور مستفاد نیست و با رأی اشاعه نیز می سازد). و کتاب قرب الاسناد دو روایت مذکور را از سندی بن محمد نقل کرده است.^۳ و تفصیل مطلب در جای خودش یعنی در کتاب میراث و اقرار باید مطرح شود.

۱. وسائل الشیعه ج ۱۴، ص ۴۰۲، باب ۲۶، حدیث ۵.

۲. آدرس قبلی حدیث ششم. ۳. آدرس قبلی حدیث ششم.

مسأله بیع ما یملک و ما لا یملک

آخرین مسأله از مسائل بیع فضولی در مورد بیع ما یملک و ما لا یملک است یعنی بایع چیزی را که شرعاً مالیت دارد و قابل تملک است با چیزی که شرعاً مالیت ندارد و قابل تملک نیست به یکدیگر ضمیمه کرده و هر دو را در یک معامله و به ثمن واحدی به دیگری بفروشد، مثلاً شراب و سرکه را با هم به هزار درهم بفروشد، یا خوک و گوسفند را با هم به ده هزار درهم بفروشد، یا انسان حرّی را با عبدی ضمیمه کرده و به بیست هزار درهم بفروشد،... و حکم چنین معامله‌ای چیست؟ قدر مسلم نسبت به مقداری که شرعاً قابل تملک نیست معامله باطل است زیرا یکی از شروط عوضین که به زودی خواهد آمد آن است که: هر دو مالیت داشته باشند. و اما نسبت به حصّه‌ای از مبیع که مالیت دارد (سرکه، گوسفند، عبد) قصّه چیست؟ می‌فرمایند: نسبت به مقدار مملوک معامله صحیح است (حدّ اکثر حق الخيار تبعض صفقه برای مشتری درست می‌شود). و برای این مدّعا به سه دلیل تمسّک می‌کنند:

۱. اجماع منقول: پاره‌ای از تعابیر ظهور در اجماع دارند مثل عبارت جامع المقاصد که کلمه عندنا دارد.^۱ و برخی کلمات صریح در اجماع است مثل عبارت غنیه که کلمه اجماعاً دارد.^۲

۲. اطلاق مکاتبه صفّار که می‌فرمود: «لا یجوز بیع ما لا یملک و قد وجب الشراء فیما یملک»^۳

کیفیت استدلال: در فراز مذکور اگر کلمه یملک بصورت فعل مجهول باشد. مستقیماً دلیل بر ما نحن فیه است و دلالت دارد که: در آن بخش که مملوک واقع نمی‌شود و قابل تملک نیست معامله نافذ و صحیح نیست و در قسمتی که قابل تملک است معامله ثابت است. و اگر به صورت فعل معلوم باشد، مستقیماً دلیل بر بیع ما یملک و ما لا یملک است که در دو مسأله قبل مطرح بود ولی از اطلاق آن در این مسأله هم استفاده می‌کنیم به این بیان که: لا یجوز فیما لا یملک، کلمه لا یملک یعنی مالک نیست و قصیه سالبه هم به

۱. جامع المقدمات ج ۴ ص ۴۲۲.

۲. غنیه ص ۲۰۹.

۳. وسائل الشیعه ج ۱۲ ص ۲۵۲ حدیث اوّل.

انتفاء محمول صدق می‌کند یعنی چیزی مالیت دارد و قابل تملک هست ولی فعلاً بایع مالک آن نیست و هم به انتفاء موضوع صدق می‌کند یعنی چیزی که اصلاً مالیت ندارد و قابل تملک نیست. آنگاه به حکم اطلاق این جمله می‌گوییم: در آن چیزی که بایع مالک آن نیست (خواه مالیت داشته باشد و ملک دیگری باشد و بایع نسبت به آن فضولی باشد و خواه اصلاً مالیت نداشته باشد). معاملاتش نافذ نیست. و در آن بخشی که مالک است (که قهراً مالیت هم داشته و قابل تملک هم بوده که فعلاً مالک شده) معامله نافذ است. حال به بیان مزبور از اطلاق مکاتبه استفاده می‌کنیم.

قوله: (دعوی:

اگر کسی بگوید: اطلاق مکاتبه به فرض سالبه به انتفاء محمول منصرف است یعنی صورتی که چیزی مالیت دارد و قابل تملک است ولی فعلاً ملک بایع نیست و مال دیگری است که در دو مسأله قبل مطرح بود، و ربطی به مسأله ما ندارد. منشأ انصراف: (یا غلبه است که در خارج اغلب قضایای سالبه از نوع سالبه به انتفاء محمول هستند. و یا) خصوصیت مورد است که مورد مکاتبه بیع قریه است و لا شک در اینکه کُل قریه مالیت دارد (چه اراضی موات آن، چه اراضی مُحیات و چه موقوفات و چه مفتوحة عنوة و...) منتهی بخشی از آن ملک بایع است و برخی ملک دیگران است که بایع غصب کرده و برای خود می‌فروشد، و این خصوصیت مورد آن، اطلاق جواب امام علیه السلام را تفسیر می‌کند و حمل بر سلب به انتفاء محمول می‌کند. (متن روایت صفار: قال کتبت الی ابی محمد الحسن بن علی العسکری علیه السلام فی رجل باع قرية و اثماله فیها قطاع ارضین فهل یصلح للمشتري ذلک و قد اقرله بکلها؟ فوق علیه السلام: لا يجوز بیع مالیس یملک و قد وجب الشراء علی ما یملک^۱) مرحوم شیخ می‌فرماید: این دعوا ممنوع است (زیرا وجهی برای انصراف نیست، اما غلبه: کراً گفته شده که صرف غلبه خارجی موجب انصراف نیست و اما خصوصیت مورد قانون این است العبرة بعموم الجواب لا بخصوص السئوال، یعنی عموم یا اطلاق جواب امام ارزش دارد نه خصوصیت سئوال، سئوال معمولاً از مورد خاصی است ولی جواب امام علیه السلام قاعده کلی است. پس به اطلاقش اخذ می‌شود.

۳- نه تنها دو دلیل خاص (اجماع و نصّ) در ما نحن فیه قابل جریان است بلکه مانعی از جریان قاعده صحت و لزوم هم نیست (قاعده صحت از آیه احل الله البيع مستفاد است که دال بر صحت امضائی بیع است و اطلاق آیه نسبت به مقدار مملوک کمبودی ندارد. و قاعده لزوم از آیه اوفوا بالعقود مستفاد است که به عمومش عقد مزبور را نسبت به بعض مملوک شامل است.)

قوله: عداما يقال:

تنها مانع از جریان قاعده صحت و لزوم آنست که: تراضی طرفین بر مجموع مملوک و غیر مملوک با هم بوده و تعاقد (ایجاب و قبول طرفینی) هم بر مجموع واقع شده و مقصود طرفین مجموع من حیث المجموع است، و فرض اینست که شارع مقدس مجموع را امضاء نکرده (فما قصد لم یقع) و اینکه بگوییم: شارع نسبت به بعض مملوک معامله را امضاء کرده، اشکالش اینست که: جزء مملوک مقصود طرفین نبوده (استقلالاً مقصود نیست آری در ضمن مجموع و به تبع کل مقصود است) تا صحیح باشد (و ما وقع لم یقصد) و کبرای کلی هم اینست که: «العقود تابعة للقصود». پس اگر بخواهیم نسبت به بعض مملوک، حکم به صحت معامله بکنیم باید دلیل دیگر داشته باشیم و عموم «اوفوا بالعقود» کافی نیست (چون می‌گوید: به عقدتان وفا کنید و عقد بر مجموع بوده نه بعض) و عموم «المؤمنون عند شروطهم» کافی نیست (چون می‌گوید: به شرطها و تعهدات و التزامهای خود وفادار باشید و تعهد نسبت به مجموع بوده نه بعض) و اطلاق «تجارة عن تراض» هم کافی نیست (چون تراضی بر مجموع بوده نه بعض تنها).

قوله: ولذا:

روی همین اشکال مذکور فقهاء فتوی داده‌اند به اینکه: اگر در ضمن عقد شرطی کردند و شرط فاسد در آمد نه تنها واجب الوفا نیست و خودش فاسد و باطل و بی اثر است بلکه مفسد عقد هم هست (به همین دلیل که مقصود عقد با این شرط بود یعنی مشروط با شرطش، مقید بما هو مقید، و قیدش برکنار شده و مشروط بدون شرط هم که مقصود نبوده تا صحیح باشد.) محقق ثانی در باب شرط فاسد به این اشکال تنبّه داده و هما نجا فرموده فرقی میان شرط فاسد و جزء فاسد نیست پس اگر نسبت به جزء هم معامله باطل

بود باید نسبت به کلّ باطل باشد.^۱

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما فعلاً وارد این مباحث نمی‌شویم و جای این بحثها در کتاب خیارات در باب شروط است و در اینجا همین اندازه اشاره می‌کنیم که: جزء فاسد با شرط فاسد فرق دارد و آن اینکه: در مورد جزء فاسد که ما نحن فیه باشد نص و اجماع داشتیم که نسبت به بخش مملوک معامله صحیح است ولی در مورد شرط فاسد چنین نص و اجماعی نداریم. پس به عقیده ما هم نسبت به مملوک معامله صحیح است.

قوله: نعم:

به طور کلی نسبت به صحّت و بطلان معامله در مقدار مملوک سه احتمال وجود دارد:

۱- مطلقاً صحیح باشد (و هو المشهور و المختار که تا به حال ذکر شد).

۲- مطلقاً باطل باشد.

۳- قول به تفصیل: اگر مشتری جاهل بود و نمی‌دانست که برخی از مجموع مالیت ندارد و خیال می‌کرد تمام آن مالیت دارد و اقدام کرد، در این صورت معامله نسبت به مملوک صحیح است. و اگر عالم بود و اقدام کرد در این فرض نسبت به مملوک هم باطل است به این دلیل که فرض علم مشتری منجر به جهل مشتری به ثمن می‌گردد (زیرا خودش هم می‌داند که بخشی از مبیع مالیت ندارد و طبعاً مقداری از ثمن بر می‌گردد به مشتری و اما مقداری که در مقابل مملوک قرار می‌گیرد و به بایع می‌رسد چقدر است؟ این را نمی‌داند.) و جهالت چه نسبت به ثمن و چه مثنی و چه هر دو باعث می‌شود که بیع غرری گردد و بیع غرری هم شرعاً فاسد و باطل است. این دلیل را شهید در مسالک آورده^۲ و علامه نیز در تذکره فرموده: حکم به بطلان در فرض علم مشتری دور از صواب و حق نیست.^۳

قوله: و یمكن:

مرحوم شیخ از این تفصیل دو جواب می‌دهند:

۱- ما هم قبول داریم که باید طرفین علم به ثمن و مثنی داشته باشند و گرنه غرری و باطل است، ولی می‌گوییم: آن اندازه از علم که لازم و شرط صحّت است، علم به قیمت

۲. مسالک، ج ۳، ص ۱۶۳.

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۳۲.

۳. تذکره، ج ۱، ص ۵۶۵.

مجموع میباید است و اما علم به ارزش اجزاء مجموع جداگانه لازم نیست زیرا اجزاء را جداگانه که خریداری نمی‌کند، مجموع را می‌خرد و نسبت به مجموع میباید علم به ثمن دارد و قصد طرفین هم معامله بر مجموع است نه بر یکایک اجزاء، البته فروشنده و خریدار می‌دانند که شارع نسبت به مجموع معامله را امضاء نخواهد کرد، و شرعاً مشکل دارد ولی عرفاً کمبودی ندارد و قصد نقل و انتقال هم متمشی است. و آن بیع غرری که شرعاً باطل شده آنجائی است که: معامله قطع نظر از حکم شارع غرری باشد و موضوع درست شود تا حکم به بطلان بیاید و در ما نحن فیه قطع نظر از حکم شارع غرری نیست چون قیمت مجموع روشن شد و پس از حکم شارع به بطلان نسبت به بخش غیر مملوک، غرر درست می‌شود و حکم که موضوع درست کن نیست. پس ما نحن فیه از آن باب نیست.

۲- قوله: مع آنه:

بر فرض که تفصیل مذکور را بپذیریم و میان فرض علم و جهل مشتری فرق بگذاریم می‌گوییم: چرا در فرض علم حکم به بطلان معامله بکنیم بلکه حکم به صحت کرده و می‌گوییم: در این صورت تمام ثمن در مقابل همین بخش مملوک واقع می‌شود و غرری هم لازم نمی‌آید، و دلیل وقوع ثمن در برابر مملوک آنست که: مشتری خودش اقدام به ضمانت کرده و به عهده گرفته که کل ثمن را بپردازد، آنهم با توجه به اینکه علم داشت که بخشی از میباید ندارد و بدست او نمی‌رسد، چنین اقدام با علمی در حقیقت اقدام بر ضمان مملوک تنها است در قبال کل ثمن و نوبت به بطلان بیع نمی‌رسد.

قوله: کما صرح:

از قضا مرحوم شهید اول هم در برخی از حواشی خودش به این مطلب تصریح کرده و فرموده: حکم به صحت نسبت به مملوک و تقسیط ثمن مخصوص به فرض جهل مشتری به عین میباید است و گرنه با علم به عین میباید، کل ثمن در مقابل مملوک واقع می‌شود، زیرا پر واضح است که قصد بخش غیر مملوک وجودش کالعدم است و ارزشی ندارد.^۱

قوله: لکن ما:

این فراز استدراک از جواب ثانی و کلام شهید است: اینکه بگوییم کل ثمن در مقابل بخش مملوک واقع می شود اگر چه با فتوای فقهاء در باب بیع غاصب با مشتری عالم مناسب است که فرموده اند: اگر مشتری می دانست که بایع غاصب است و معذک اقدام کرد و با او معامله نمود و ثمن را هم تقدیم کرد، این ثمن ملک بایع می شود و تسلیط مجانی است. و لازمه این مطلب آنست که در ما نحن فیه هم کل ثمن ملک بایع شود و آن حصّه از ثمن که در برابر غیر مملوک است به مشتری عود نکند، چرا که یا کل ثمن در مقابل مملوک است چنانچه شهید فرمود، و یا آن بخش از ثمن که در مقابل غیر مملوک است مجّاناً به بایع تعلّق می گیرد. چنانچه جامع المقاصد فرموده^۱ پس جواب ثانی با این فتوی مناسب است و لکن قبلاً گفتیم که اصل این حکم و فتوی در باب بیع غاصب با مشتری عالم صحیح نیست و با قواعد مطابقت ندارد (منظور قانون معاوضه حقیقیّه است که مثنی از ملک هر کس خارج شد ثمن به ملک همان فرد منتقل شود و معنی ندارد که مثنی از مالک اصلی به مشتری منتقل شود ولی ثمن به دست غاصب برسد.) ولی سخن شهید اول با فتوای مشهور مخالف است چون مشهور در ما نحن فیه حکم به تقسیط ثمن کرده اند نه اینکه بگویند: کل بذل یعنی مال مبذول به ازاء مملوک واقع شود.

قوله: ثم ان:

حال بر فتوای مشهور که معامله نسبت به مملوک صحیح است و ثمن هم تقسیط می شود و قسطی از آن که در برابر غیر مملوک است به مشتری بر می گردد، این سؤال مطرح است که: طریقه تقسیط ثمن چیست؟ می فرماید: طریق همان است که در دو مسأله قبل یعنی بیع ما یملک و ما لا یملک ذکر شد که: نخست هر کدام از مملوک و غیر مملوک را جدا جدا قیمت می کنیم سپس دو قیمت بدست آمده را با هم جمع می کنیم و سپس هر کدام را با این مجموع می سنجیم و نسبتها مشخص می شود و به همان نسبت از ثمن المسمی به بایع می دهیم و بخشی هم به مشتری عود می کند.

قوله: لکن:

و لکن طریق مذکور در ما نحن فیه مبتلا به یک اشکال است و آن اینکه: اساساً بخش غیر مملوک شرعاً مالیت ندارد و قابل تقویم نیست تا آن را جداگانه قیمت کنیم، پس چگونه می فرمائید: هر بخشی جدا قیمت می شود؟ در جواب اشکال می فرمایند: راهش اینست که: اگر حرّ و عبد را ضمیمه کرده و فروخته و می خواهیم قیمت غیر مملوک را بدست آوریم می گوییم: این انسان حرّ با همین صفاتی که دارد (کاتب، خیاط و...) اگر عبد بود چه مقدار قیمت داشت؟ و بدین وسیله قیمت او را بدست می آوریم، یا اگر شراب و سرکه را ضمیمه کرده و فروخته، یا خنزیر و گوسفند را ضمیمه کرده و فروخته، برای تشخیص قیمت شراب یا خنزیر، می گوییم: بالاخره کفّار که برای اینها مالیت و ارزش قائل هستند و لذا باید دید نزد کفّار این شراب یا خوک چقدر ارزش دارد و بدین وسیله قیمت آن را به دست آورد، و اگر برسید: از کجا بفهمیم که نزد کفّار اینها چه قیمتی دارند؟ می گوییم: از راه شهادت دو نفر عادل که سابقه کفر دارند و یکماه قبل کافر بودند و حالا مسلمان و عادل هستند و از قیمت واقعی اینها نزد کفّار خبر دارند و یا در مجاورت کفّار زندگی می کنند و می دانند که نزد آنها فلان مقدار شراب چه قیمتی دارد، و بدین وسیله از قیمت واقعی آنها باخبر می شویم.

قوله: و یشکل:

و لکن باز هم در یک فرض مشکل پیدا می کنیم و آن فرض جهل است یعنی اگر بایع خیال می کرد که اینها هر دو سرکه یا گوسفند هستند و به این عنوان فروخت و بعد کشف خلاف شد و معلوم شد که بخشی از آن شراب و یا خنزیر بوده، در اینجا چه کنیم؟ اگر بگوئید: باز شراب و خنزیر را جدا جدا قیمت می کنیم. خواهیم گفت: فرض اینست که: بایع به این عنوان آنها را نفروخته بلکه به عنوان سرکه یا گوسفند فروخته، و لذا بعض از فقهاء جزماً فتوی داده اند به اینکه: در این فرض بخش شراب را هم به عنوان سرکه قیمت می کنیم یعنی اگر سرکه بود چه مقدار ارزش داشت، اگر گوسفند بود چقدر ارزش داشت و... ملاک اینست.

مسأله ولایت پدر و جدّ پدری

آخرین شرط از شروط متعاقدين عبارت بود از اینکه: متعاقدين يا بايد هر دو مالک اصلی باشند و يا وکیل از سوی مالک باشند و يا وّلّی مالک بوده و اذن شرعی داشته باشند و متفرّع بر این شرط، آن بود که: پس بيع فضولی صحيح نیست و تا به حال مبسوطاً درباره بيع فضولی بحث کردیم. اینک به اصل شرط مذکور بر می گردیم و می گوئیم: اگر متعاقدين هر دو مالک اصلی باشند تکلیف روشن شد و قطعاً با وجود سایر شروط، معامله آندو نافذ است. و اگر وکیلين باشند باز مطلب همان است و شروط وکیل و احکام آن در کتاب وکالت مطرح است. و فعلاً سخن در اولیاء تصرف است: کسانی که شرعاً ولایت دارند و شرعاً حق تصرف در اموال دیگران دارند و شارع مقدّس برای آنان جعل ولایت نموده، پنج گروه هستند:

۱- پدر و جدّ پدری

۲- وصّی پدر یا جدّ

۳- حاکم شرع یا فقیه عادل و مجتهد جامع الشرائط

۴- کسی که از ناحیه وّلّی فقیه بر تصرف در مالی منصوب شود و متولّی امری شود

۵- عدول مؤمنين و حتّی فسّاق از مؤمنان.

فعلاً سخن در ولایت پدر و جدّ پدری است: مادر و جدّ مادری ولایت ندارند، بر خلاف تصوّری که برخی از عوام دارند برادر بزرگتر هم پس از مرگ پدر حق تصرف و ولایت ندارد. و ولایت و جواز تصرف، مخصوص پدر و جدّ پدری است، پدر و جدّ هم بر مال فرزندی که کبیر شده و به سنّ بلوغ رسیده ولایت ندارند و فرزند، خود صاحب اختیار است. و فعلاً سخن از ولایت پدر و جدّ بر اموال طفل صغیر است باز در این رابطه مسائلی مطرح است از قبیل جواز اقتراض پدر و جدّ از اموال طفل که در ضمن بحثهای آینده، بدان اشاره خواهد شد. و جواز اخذ از مال فرزند (صغیر یا کبیر) به مقدار قوت و ما یحتاج پدر و جدّ پدری که در ضمن روایات خواهد آمد،

و فعلاً سخن از بيع و شراء است: آیا پدری یا جدّ پدری حق دارند در اموال طفل تصرف کرده و متاع طفل را برای او بفروشند یا با پول طفل متاعی را برای او خریداری

کنند یا چنین ولایتی ندارند؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: اصل مسأله جواز چنین تصرفی و ولایت داشتن پدر و جدّ بر بیع و شراء مال طفل، مسلم است و جای بحث ندارد و ادله این ولایت و جواز عبارتند از:

۱- اجماع

۲- قبل از اجماع (مکرر ذکر شد که هر کجا مرحوم شیخ: تعبیر به قبل اجماع می‌کنند، بدان معنا است که اجماع یک دلیل مستقلّی نیست و مستند اصلی اخبار و روایات است و اگر همه فقهاء فتوی داده‌اند و مسأله اجماعی شده به استناد روایات است و در حقیقت اجماع مدرکی است. ولی هر کجا تعبیر به بعد اجماع می‌کنند، بدان معنا است که اجماع یک دلیل مستقلّ است و مدرکی نیست و علاوه بر آن اخبار و روایات هم داریم.) اخبار مستفیضه‌ای (خبر واحدی را که از سه روایت متجاوز باشد ولی به حدّ تواتر نرسد، خبر مستفیض گویند.) داریم که در ابواب مختلف وارد شده (از قبیل اخبار تقویم جاریه این که در ادامه بدان اشاره خواهد شد و اخبار باب و صیّت که مشتمل بر جواز تصرف و وصی در اموال طفل است و اخبار تجارت کردن با مال یتیم و اخباری که می‌گویند مال و لد برای والد حلال است و در ادامه خواهد آمد.) و این اخبار صریحاً بر جواز تصرف پدر و جدّ پدری در مال طفل دلالت دارند.

۳- این مسأله مسلم است که در باب نکاح، پدر و جدّ و ولایت و سلطنت بر تزویج صغیره دارند و هر کدام می‌توانند دختر بچه صغیره را به عقد ازدواج کسی در آورند، و وقتی آنها ولایت بر امر نکاح صغیره داشته باشند پس به طریق اولی ولایت بر اموال صغیره داشته و حق دارند در آن تصرف کنند و آن را برای طفل بفروشند یا با آن برای طفل متاعی خریداری کنند، و وجه اولویتی آنست که: مسأله نکاح به مراتب مهمتر از مسأله بیع و شراء در مال طفل است و اگر نکاح با همه اهمیّت و حیاتی بودن آن مورد ولایت آب و جدّ است پس اموال طفل به طریق اولی محلّ ولایت آندو خواهد بود.

قوله: و المشهور:

حال که اصل ولایت پدر و جدّ بر اموال طفل محرز شد و جواز تصرف به بیع و شراء مدلل گردید این سؤال مطرح می‌شود که: آیا پدر و جدّ مطلقاً ولایت دارند، چه عادل باشند یا فاسق؟ یا تنها در فرض عادل بودن چنین ولایتی دارند؟ به عبارت دیگر: آیا

عدالت شرط جواز و نفوذ و صحّت تصرفات پدر و جد است؟ یا عدالت شرطیت ندارد؟
دو وجه در مسأله وجود دارد:

۱- مشهور فقهاء عدالت را معتبر ندانسته و فرموده‌اند: پدر و جد چه عادل باشند و چه فاسق حقّ دارند در اموال طفل بیع یا شراء انجام دهند و ولایت در امور مالی دارند، به چند دلیل:

الف: اصل (منظور اصل عدم اشتراط عدالت است که وقتی شک در اشتراط و عدم آن پیدا کردیم نوبت به اجرای این اصل می‌رسد).

ب: اطلاعات اخبار و روایات که در فراز بعدی (لزوم مراعات مصلحت و عدم آن) خواهد آمد که این روایات به قول مطلق فرموده: خود فرزند و مال او برای پدر است و پدر حقّ تصرف در آنها دارد و قید نکرده که اگر پدر عادل باشد این حق را دارد و اگر فاسق باشد مجاز نیست.

ج: از علامه در تذکره^۱ نقل شده که در باب تزویج اجماعی است که پدر و جد فاسق هم بر امر تزویج صغیره ولایت دارند، آنگاه اگر در باب نکاح برای پدر فاسق ولایت جعل شده پس در باب امور مالی و بیع و شراء اموال طفل که برای طفل از حیث اهمیت به آن پایه نیست، به طریق اولی این ولایت ثابت است. در نتیجه عدالت در این ولایت شرط نیست.

۲- ابن حمزه از قداماء در کتاب وسیله^۲ و فخر الدین از متأخران در کتاب ایضاح^۳ با مشهور از در مخالفت در آمده و مدّعی شده‌اند که عدالت شرطیت دارد و پدر و جد پدری اگر عادل باشند چنین ولایتی دارند و اگر فاسق باشند حقّ تصرف ندارند و فخر الدین در ایضاح برای مدّعی خویشتن چنین استدلال کرده: فلسفه جعل ولایت برای پدر و جدّ یا دیگران بر اطفال و مجانین آن است که: این دستجات قدرت دفاع از خویش و اموال خویش ندارند و نمی‌توانند دیگران را از اموال خویش صرف و دفع کنند و از ما یملک خویش حراست نمایند و به مرز استقلال و خود کفائی نرسیده‌اند و دارای رشد عقلانی نشده‌اند و لذا فعلاً نیاز به قیم و ولی دارند و باید کسانی باشند که اینها را تحت

۲. الوسيلة ص ۲۷۹.

۱. تذکرة الفقهاء ج ۲، ص ۵۹۹.

۳. ایضاح الفوائد ج ۲، ص ۶۲۸.

پوشش چتر حمایتی خود قرار دهند و از آنان دفاع نمایند و چونان امینی پارسا امانت داری کنند و پس از رسیدن به حدّ بلوغ و رشد، اموال آنان را در اختیار خودشان بگذارند.

حال که اصل تشریع ولایت بدین منظور است می‌گوییم: از محالات وقوعی است و از حکمت خداوندی به دور است که شخص فاسقی را امین بر اموال طفل قرار دهد و برای او جعل ولایت کند و اختیار اموال طفل را به او بسپارد و بدنبال امین شدن فاسق، خبرهای او مورد قبول واقع شود و اگر خبر داد که چنین و چنان کرده‌ام، بدون چون و چرا و اقامه شهود به خبرهای او اعتماد شود، هرگز خدای حکیم چنین نمی‌کند مخصوصاً با توجه به اینکه قرآن مجید هم بر خلاف این امر (جعل ولایت برای فاسق و اطمینان و اعتماد به او) تصریح کرده است. در نتیجه: قدر مسلم این است که پدر و جدّ عادل چنین ولایتی دارند و اگر فاسق باشند چنین ولایتی ندارند و اگر بعداً فاسق شوند از ولایت، خود به خود عزل می‌شوند.

در اینکه منظور فخر الدین از نصّ قرآنی کدام آیه است؟ برداشتهای مختلفی شده مثلاً مرحوم محقق اصفهانی فرموده: منظور آیه نأ است که می‌فرماید: «ان جائکم فاسق بنیاً فبئینوا...» ولی مرحوم شیخ به پیروی از محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرمایند: شاید منظور آیه رکون به ظالمین باشد که می‌فرماید: «و لا ترکوا الی الذین ظلموا فتمسکم النار» که این آیه از رکون و اعتماد به ظلمه و ستمگران نهی فرموده است و فاسق هم ظالم است (ظلم به نفس کرده) پس خود خدا فرموده به فاسقین اعتماد نکنید، آنگاه چگونه ممکن است خود خداوند رکون به ظالم کرده و برای فاسق جعل ولایت کند؟!

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: دلالت آیه بر مدّعی شما (اعتبار عدالت) محلّ تأمل و نظر است (زیرا اولاً به احتمال قوی مراد از الذین ظلموا در آیه، ظلمه و طواغیت و ستمگران هستند و ربطی به فاسق و گناهکار و ظالم به نفس ندارد. و ثانیاً بر فرض این جمله، فاسق را هم شامل شود نظیر آنچه در آیه امامت ابراهیم مطرح است که فرموده: لا ینال عهدی الظالمین و بزرگان فرموده‌اند این ظالمین اعمّ از ظالم به غیر و ظالم به نفس است.

ولی مسأله جعل ولایت برای پدر یا جدّ فاسق از مورد نهی در آیه خارج است زیرا

آیه از رکون و میل به ظالم نهی کرده که کمترین مرتبه حبّ و دوستی را لا اقلّ دارد و منظور آیه این است که: ستمگران را دوست ندارید، تمایل و گرایش به سمت آنان پیدا نکنید، فاسقین را دوست نداشته باشید. ولی جعل ولایت برای فاسق نه عین رکون و میل به او و دوست داشتن او است و نه ملازمه دارد با رکون و میل به فاسق، پس مشمول آیه رکون به ظالم نیست، و شاهد عدم عینیت و استلزام آن است که: خداوند برای کفّار هم علی الخصوص کفّار ذمی جعل ولایت کرده و آنها هم بر اموال خویش سلطنت و مالکیت و ولایت دارند و تصرّفات آنها نافذ است، در حالی که به ذهن احدی خطور نکرده که این جعل ولایت به معنای میل و رکون خداوند به کافران و مستلزم دوست داشتن آنها باشد.

قوله: واضعف منها:

ضعیفتر از استناد به آیه مزبور، سخن دیگر فخر الدین در ایضاح است که فرمود: از حکمت خدای حکیم به دور است که فاسقی را امین بر مال طفل قرار دهد و چون خلاف حکمت است پس از محالات است و از خداوند حکیم صادر نمی شود. مرحوم شیخ می فرماید: وجه اضعف بوده این سخن آن است که: راه دارد و می توان جلو حیف و میل فاسق را گرفت به اینکه هرگاه حاکم شرعی از قرائن حالیه متوجّه شد که پدر طفل بی راهه می رود و از اموال طفل بدروستی استفاده نمی کند او را عزل می کند و جلو تصرّفات او را در مال طفل می گیرد و تا مادامی که خلاف ثابت نشده کماکان ولایت پدر و جدّ باقی است و اگر هم حاکم شرعی شک کرد استعمال می کند و از ولی طفل می خواهد که بیان کارش را بدهد، مقداری در احوالات او تحقیق و تتبع می کند تا به نتیجه ای برسد. اینها مطالبی بود که محقّق ثانی در جامع المقاصد آورده و ما نیز قبول داریم.

پس، از جعل ولایت بری پدر یا جدّ فاسق هیچ محذور و خلاف حکمتی پیش نمی آید تا بر خدای حکیم محال باشد. (به ویژه اینکه عاطفه پدری و جدّی و قرابت داشتن هم هست که موجب می شود پدر و جدّ بیشتر از دیگران حال طفل را مراعات کنند و به ویژه اگر پدر یا جدّ در یک حرام معین فاسق هستند که هیچ ربطی به امانت داری آنها ندارد و از کذب و خیانت تحرّز و اجتناب دارند، با این جهات مثبت، جعل ولایت برای آنها بلامانع است)

(نکته: در عبارت مکاسب کلمه اختلاف حال ابی الطفل دارد که تا به حال بر این اساس عبارت را معنا کردیم ولی در نسخه مرحوم ایروانی کلمه آب ندارد و اختلاف حال الطفل است و در توضیح آن فرموده‌اند: لعل المراد من اختلاف حال الطفل رؤية آثار ضيق المعاش عليه من هزال جسمه و تغير بدنه ورثة لباسه مما يكشف عن عدم مراعاة الولي له في مأكله ولبسه و التضييق عليه، او ان المراد اختلاف حاله في ثروته).

قوله: و هل يشترط:

تصرف در اموال طفل به بیع و شراء سه فرض دارد:

۱- گاهی این تصرف برای طفل مصلحت دارد و به نفع او است مثلاً متاعی را به بیش از ثمن المثل بفروشد یا با پول طفل کالای ارزشمندی را با قیمت ارزان خریداری کند و....

۲- و گاهی بیع یا شراء به نفع طفل نیست و مصلحت ندارد ولی به فساد او هم نیست یعنی ضرر هم ندارد بلکه صرف عدم مفسده است. مثلاً کالای کودک را به قیمت واقعی آن بفروشد و هیچ ضرورتی در این بیع نباشد.

۳- و گاهی این تصرف نه تنها به نفع کودک و به صلاح مال او نیست بلکه به حال او ضرر دارد. مثلاً متاعی را به کمتر از ثمن المثل بفروشد یا با پول کودک جنسی را گران خریداری کند و به طفل لطمه وارد شود. حال اصل ولایت پدر و جد بر اموال طفل محرز شد و عادل بودن هم شرط نشد،

ولی فعلاً سخن در این است که آیا در صحت و نفوذ تصرفات ولی و بیع و شراء او مراعات مصلحت طفل لازم است و تنها در این فرض ولایت دارد و با مراعات مصالح کودک تصرفات او نافذ است؟ یا قدری دایره ولایت پدر و جد وسیعتر است و ملاک عدم مفسده می باشد یعنی لازم نیست در این بیع یا شراء مصلحتی باشد بلکه کافی است که مفسده‌ای نداشته باشد و به محض عدم مفسده، تصرفات جایز است؟ و یا باز هم دایره ولایت آنها گسترده تر بوده و حتی با وجود مفسده و ضرر هم حق تصرف در اموال طفل دارند و نه مراعات مصلحت لازم است و نه وجود عدم مفسده شرط است؟

در مسأله سه وجه وجود دارد که دلیل هر کدام ذیلاً عنوان می شود:

دلیل وجه سوم: اطلاعات برخی از اخبار و روایات دلالت دارند بر اینکه پدر و جد

مطلقاً ولایت دارند و حتی اگر مفسده و ضرری هم در میان باشد باز حق تصرف دارند و در واقع اطلاعات سه فرد دارند:

۱- فرض وجود مصلحت

۲- فرض وجود مفسده

۳- فرضی که نه مصلحت باشد و نه مفسده، اینک بیان برخی از این اطلاعات:

الف: روایت سعد بن یسار که می فرماید: مال فرزند برای پدر است^۱

ب: حدیث نبوی مشهور که می فرماید: انت و مالک لایک^۲

ج: صحیح محمد بن مسلم که می فرماید: پدر می تواند از اموال فرزند آنچه را که بخواهد، بردارد و استفاده کند^۳

د: روایت محمد بن سنان از امام رضا که می فرماید: فلسفه اینکه شرعاً مال فرزند برای پدر حلال شده، آن است که خود ولد، هبه و عطیة الهی بر پدر است که خداوند او را به پدر هبه کرده و قرآن می فرماید: «یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور»^۴ یعنی خدا است که به هرکس بخواهد دختر و جنس مؤنث هبه می کند و به هرکس که بخواهد جنس مذکر عطا می کند.^۵ و واضح است که وقتی خود فرزند هبه الهی بر پدر است پس به طریق اولی اموال فرزند نیز هبه بر پدر است و پدر حق دارد در اموال طفل تصرف کند. هـ: اخبار و روایات تقویم جاریه هم مؤید مطلب است که دلالت دارند بر اینکه پدر می تواند جاریه طفل را قیمت کرده و برای خودش بر دارد و به خودش تملیک کند.^۶

کیفیت استشهاد به تمام این اخبار: در هیچکدام از روایات فوق سخن از مراعات مصلحت یا حداقل وجود عدم المفسده مطرح نشد بلکه به طور مطلق فرمود: وَلَدٌ و مالش برای پدر و جد است و آنها حق تصرف دارند خواه در این تصرف مفسده ای باشد و به حال طفل ضرر داشته باشد یا خیر.

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۶، باب ۷۸، حدیث ۴.

۲. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث ۲.

۳. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث اول.

۴. سورة شوری / ۴۹ و ۵. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۷، حدیث ۹.

۶. اخبار وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث ۳.

قوله: ولکن الظاهر:

دلیل وجه دوم: در این بخش سه دلیل می آورند مبنی بر اینکه با وجود مفسده و ضرر تصرف جایز نیست و حداقل عدم مفسده لازم است و لو وجود مصلحت لازم نباشد:

الف: روایات: در بعضی روایات اباحه و جواز تصرف پدر و جد در اموال طفل قیدی دارد و مطلق نیست مثلاً در روایت حسین ابن ابی العلاء^۱ آمده: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: از مال فرزند چه مقدارش برای پدر حلال است؟ حضرت فرمود: قوت و غذای پدر بدون اسراف و زیاده روی (که مفسده دارد) آنهم فقط در فرض حاجت و نیاز و اگر مضطر شد حق دارد از مال فرزندش استفاده کند (و اگر نیازمند نباشد جایز نیست) راوی گوید: به امام علیه السلام عرض کردم: پس قول رسول خدا را چه می فرمائید که مردی پدرش را به خدمت حضرت آورده بود... و رسول خدا به او فرمود: أنت و مالک لایک؟ (این قول که اطلاق دارد و تقییدی به حاجت و اضطرار در میان نیست، پس چگونه شما تقیید فرمودید؟) امام علیه السلام فرمود: قضیه ای که از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل کردی از این قرار است که مردی دست پدرش را گرفته و نزد رسول خدا صلی الله علیه و آله آورده بود و عرض کرد یا رسول الله صلی الله علیه و آله این پدر من است و در مورد میراثی که از مادرم به من رسیده بود، در حق من ظلم کرده و آنها را استفاده کرده است. پدر این مرد عرض کرد: یا رسول الله صلی الله علیه و آله من ارثیه فرزندم را در راه نفقه او و خودم خرج کرده ام، اینجا بود که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود انت و مالک لایک، و مالی نزد آن مرد نبود حال آیا صلاح بود که رسول خدا پدر را به خاطر پسر زندانی کند؟! (عقل چنین اجازه ای می دهد؟!۱) پس اصلاً مورد حدیث موردی بود که در راه نفقه مصرف شده بود و فعلاً هم مالی نبود و در چنین موردی فرمودند: انت و مالک لایک، پس باید مورد حاجت باشد و اسرافی هم نباشد.

یا مثلاً در روایت ابو حمزه ثمالی از امام باقر علیه السلام^۲ می خوانیم: رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: انت و مالک لایک، سپس امام علیه السلام فرمود: ما خاندان دوست نمی داریم که پدر مطلق العنان باشد و از اموال فرزند هرچه خواست اخذ کند مگر آن مقداری که احتیاج و نیاز دارد و قوام زندگی اش به آن است و چاره ای از آن نیست. سپس امام علیه السلام به آیه

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۷-۱۹۶، باب ۷۸، حدیث ۸.

۲. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث ۲.

استشهاد کردند که می‌فرماید: اِنَّ اللّٰهَ لَا یَحِبُّ الْفَسَادَ^۱ کیفیت استدلال، ممکن است کسی بگوید: اینکه امام فرمود: ما دوست نمی‌داریم... ظهور در حرمت ندارد بلکه دالّ بر کراهت است یعنی مکروه است که پدر بیش از مقدار نیاز از مال فرزند بردارد ولی استشهاد امام به آیه این توهّم را دفع می‌کند و دلالت دارد که بیش از مقدار نیاز و ضرورت، تصرّف در مال طفل جایز نیست زیرا قطعاً منظور خداوند این نیست که خداوند فساد را دوست ندارد یعنی فساد جایز ولی مکروه است، خیر فساد جایز نیست و مبعوض است، به این قرینه سخن امام علیه السلام هم که فرمود: لَا نَحِبُّ مَنْظُورِ حرمت است یعنی بیش از مقدار نیاز حق ندارد در مال طفل تصرّف کند.

نتیجه از تعابیری که در دو روایت حسین بن علاء و ابو حمزه ثمالی بود به این نتیجه می‌رسیم که: تصرّفاتی که دارای مفسده باشد و به حال طفل ضرر داشته باشد در اموال طفل جایز نیست، پس ولایت پدر و جدّ با مراعات عدم مفسده ثابت است.

ب: عموم آیه شریفه که می‌فرماید: و لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ^۲ در اینکه مراد از أَحْسَنُ در آیه چیست؟ دو احتمال وجود دارد که در مسأله ولایت عدول مؤمنان خواهد آمد و فعلاً بنا را بر این می‌گذاریم که مراد از حُسْنُ عدم مفسده باشد. با این بنا کیفیت استدلال به آیه چنین است: این آیه می‌گوید: ای اولیاء تصرّف حق ندارید در مال یتیم کنید مگر آنگونه تصرّفی که در آن مفسده‌ای نباشد و این آیه جدّ پدری را هم شامل است زیرا یتیم کسی است که پدر نداشته باشد و لو جدّ پدری داشته باشد، آنگاه به حکم اطلاق آیه، جدّ پدری وقتی ولایت دارد و تصرّف او نافذ است که به ضرر طفل نباشد. البتّه آیه به دلالت مطابقی پدر را شامل نیست چون اگر پدر باشد که فرزند یتیم نیست و لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ معنا ندارد. ولی به ضمیمه عدم الفصل و اینکه کسی میان جدّ و پدر فرق نگذاشته حکم پدر هم روشن می‌شود و آن اینکه: پدر هم وقتی تصرّفش نافذ است که به ضرر طفل نباشد و مفسده‌ای در کار نباشد.

ج: ادّعی اجماع هم شده مبنی بر اعتبار و اشتراط عدم مفسده در جواز تصرّف پدر و جدّ در اموال طفل.

قوله: بل فی مفتاح:

شواهدی بر وجه اوّل که لزوم مراعات مصلحت باشد: تا به حال سخن از مراعات عدم مفسده بود ولی حالا قدمی فراتر گذاشته و ترقّی کرده و می‌گوییم: نه تنها عدم مفسده معتبر است بلکه از کلمات بزرگان مستفاد است که وجود مصلحت لازم است و پدر و جدّ باید در تصرّفات خویش این جهت را مراعات نمایند و هر کاری که برای طفل مصلحت دارد انجام بدهند و گرنه تصرّفات آنان نافذ نخواهد بود. اینک نقل سخنان اعظم:

صاحب مفتاح الکرامه^۱ به پیروی از استادش مرحوم کاشف الغطاء در شرح قواعد^۲ از کلمات فقهاء استنباط اجماع کرده و فرموده: ظاهر این است که فقهاء جواز تصرّفات ولی را منوط بر مراعات مصلحت کرده‌اند. مرحوم شیخ هم می‌فرماید: این استنباط اجماع بعید نیست، چرا که وقتی به فتاوی بزرگان مراجعه می‌کنیم می‌بینیم نوعاً تصریح به لزوم مصلحت کرده‌اند و بعضاً ادّعای نفی خلاف و اجماع کرده‌اند و گاهی ادّعای نفی خلاف میان همه مسلمین کرده‌اند:

مثلاً شیخ طوسی در مبسوط تصریح کرده به منوط بودن تصرّف ولی بر مراعات مصلحت، آنجا که فرموده: کسانی که امور صغار و مجانین را به عهده می‌گیرند و متولّی می‌شوند و شرعاً ولایت دارند پنج دسته هستند:

۱- پدر

۲- جدّ پدری

۳- وصی پدر یا جدّ

۴- حاکم شرع

۵- کسی که از ناحیه حاکم برای تصرّفات منصوب شود و حاکم وی را به این کار امر نماید. سپس فرموده: تمام این پنج گروه تصرّفاتشان در اموال طفل و مجنون صحیح و نافذ نیست مگر بر وجه احتیاط و مراعات خط و مصلحت صغیر، زیرا اساساً فلسفه جعل ولایت برای آنان و نصب آنان بر این امر، همان مراعات مصالح طفل و مجنون است بنابر این اگر یکی از اینها در مال صغیر تصرّفی بکند که به مصلحت صغیر نباشد و در آن

خط سودی برای طفل نباشد تصرفش باطل است، چرا که نقض غرض بوده و بر خلاف آن چیزی است که وی برای آن منصوب گشته است.^۱

ابن ادریس حلی در کتاب سرائر فرموده: تصرفات ولی در مال طفل جایز و نافذ نیست مگر در محدوده مراعات مصلحت یعنی تنها تصرفاتی که در آن صلاح مال طفل باشد و سر د این کار به طفل برگردد نه به شخص تصرف کننده (ولی یا دیگران) صحیح است. و این آن مطلبی است که اصول و قواعد مذهب ما آن را ایجاب می کند.^۲ (چون اصل اولی آن است که هیچکس حق ندارد بدون رضای دیگران در اموالش تصرف کند، و تصرف پدر یا جد یا دیگر اولیاء تصرف، در اموال طفل و غیره بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشد به قدر متیقن اکتفا می شود و آن جواز تصرف در فرض مصلحت و نفع است.)

از جمله کسانی که صریحاً مراعات مصلحت را عنوان کرده اند مرحوم محقق اول^۳ و علامه^۴ و شهید اول^۵ و شهید ثانی^۶ و محقق ثانی^۷ و دیگران هستند. بلکه فاضل هندی در شرح لمعه (المناهج السنویه فی شرح الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة) فرموده: متقدمین از فقهاء نه تنها حکم به اعتبار و اشتراط مصلحت را لازم دانسته اند بلکه آن را تعمیم داده و پدر و جد را هم استثناء نکرده اند (که بدان معنی است که مطلقاً باید اولیاء تصرف وجود مصلحت را در نظر بگیرند). مفتاح الکرامه از عبارت علامه در تذکره در کتاب حَجَر این طور استنباط کرده که در مسأله لزوم مراعات مصلحت میان مسلمین اعم از شیعه و سنی اختلافی نیست و همگان آن را لازم می دانند.

و از مرحوم شهید اول در حواشی ایشان بر قواعد علامه این مطلب حکایت شده که قطب الدین از علامه، اول این مطلب را نقل کرده که علامه فرموده همانطوری که اقتراض (پدر یا جد از مال طفل مبلغی را به عنوان قرض بردارد) جایز است که مستلزم جواز اتلاف مال طفل است (چون قرض را مصرف می کند وای چه بسا تا آخر عمر هم

۲. سرائر ج ۱، ص ۴۴۱.

۴. قواعد ج ۱، ص ۱۲۵.

۶. مسالک ج ۳، ص ۱۶۶.

۱. مبسوط ج ۲، ص ۲۰۰.

۳. شرایع ج ۲، ص ۷۸.

۵. درس ج ۳، ص ۳۱۸.

۷. جامع المقاصد ج ۴، ص ۸۷.

تواند از عهده بر آید) پس باید ببع مال طفل به کمتر از ثمن المثل هم جایز باشد و چه مانعی دارد که این ببع به کمتر از قیمت واقعی نازل منزله آن اقتراض باشد؟!

سپس قطب الدین فرموده: همین علامه ره در جواز ببع مذکور توقّف کرده چون معتقد بوده که این بر خلاف فتوای اصحاب است و وی قدرت و جرئت بر مخالفت با اصحاب ندارد. (محل شاهد همین جمله اخیر است و البته از عبارت اخیر بیش از مراعات عدم مفسده چیزی مستفاد نیست ولی مدّعی ما لزوم مراعات مصلحت بود و شاهی هم که از عبارات آورديم در این راستا بود.)

قوله: ولكن الاقوى:

تا به حال وجوه و شواهدی برای هر سه وجه (مصلحت، عدم مفسده، مفسده) آوردیم، و اما عقیده خود مرحوم شیخ آن است که: مراعات مصلحت لازم نیست و عدم المفسده کفایت می کند یعنی همین اندازه که این تصرّفات به ضرر طفل نباشد جایز و صحیح است، گر چه به نفع او هم نباشد (نه سودی دارد و نه زیانی) و بسیاری از اساطین فقه از معاصرین ما نیز همین رأی را دارند و عمده دلیل ما بر مدّعی مذکور، جمع میان دو طایفه از روایات است که قبلاً ذکر شد، طایفه اولی مطلقاً بود که هر سه فرض را شامل می شد و دلالت داشت که حتّی با وجود مفسده و ضرر هم تصرّفات جایز است. طایفه دوم مقیّدات بود که فقط فرض اخیر را خارج می کرد و از تصرّفی که به ضرر طفل تمام شود منع می کرد و بیش از این دلالتی نداشت و جمع میان این دو دسته آن است که اگر مصلحت باشد تصرّفت جایز است و اگر عدم المفسده باشد (نه مصلحت دارد و نه مفسده) باز تصرّف نافذ است و تنها در فرض وجود مفسده و ضرر، تصرّف جایز و نافذ نیست.

قوله: واما الآية:

گویا کسی می گوید: شما که مراعات مصلحت را لازم نمی دانید و عدم مفسده را کافی می دانید، پس آیه شریفه را چه جواب می دهید که می گوید: ولا تقرّبوا مال الیتیم الا بالّتی هی احسن، و کلمه احسن افعال التفضیل است و ظاهرش آن است که تصرّف فقط باید به نحو احسن و بهتر باشد یعنی برای طفل مصلحت داشته باشد، و این بر خلاف رأی شما است. این آیه را چگونه تفسیر و تحلیل می کنید؟ مرحوم شیخ از این آیه سه به جواب

می‌دهند:

اولاً اصل دلالت آیه را بر لزوم مراعات مصلحت قبول نداریم (زیرا به زودی در مسأله ولایت عدول مؤمنین خواهد آمد که در کلمه احسن دو احتمال وجود دارد:

۱- معنای افعّل تفضیلی داشته باشد که نتیجه‌اش لزوم مراعات مصلحت است

۲- به معنای حُسْن باشد که ثلاثی مُجَرَّد است و حُسْن هم به معنای عدم مفسده باشد که نتیجه‌اش مدّعی مرحوم شیخ است و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

ثانیاً بر فرض که آیه بر لزوم مراعات مصلحت دلالت کند می‌گوییم: آیه شریفه عام است و به عموم یا اطلاقش همه اولیای تصرّف (به استثنای پدر) و از جمله جد پدری را شامل است ولی به حکم روایات فراوان، عموم آیه به باب جد تخصیص خورده و جد از این حکم بیرون رفته و در آنجا تنها عدم مفسده کفایت می‌کند، زیرا ادّله و اخباری که می‌گوید: جد بر امر نکاح صغیره و ولایت دارد و اینجنین علّت می‌آورد که دختر و پدر دختر هر دو مال جد و پدر دختر هستند^۱ و یا قول پیامبر که می‌فرماید: انت و مالک لایبک که جد هم پدر انسان است^۲ و مخصوصاً روایتی که در آن امام علیه السلام در رابطه با نافذ بودن نکاح جد بدون اذن پدر، به قول پیامبر صلی الله علیه و آله استناد می‌کند و در مقام ردّ بعضی العامّه چنین استنادی می‌کند^۳ و غیر از اینها از روایات دیگر تماماً دلالت دارند بر اینکه مورد جد مراعات مصلحت لازم نیست و عدم مفسده هم کفایت می‌کند. پس به برکت اخبار فراوان جد از عموم آیه خارج شده و پدر هم که اصلاً مشمول آیه نیست و باید از روایات حکمش دانسته شود و روایات هم چنانچه گفته آمد (در جمع میان مطلقات و مقیدات) برایش از مراعات عدم مفسده دلالت ندارند.

ثالثاً بر فرض بپذیریم که آیه شریفه مبتلا به تخصیص نگشته و جد از عموم آیه خارج نشده بلکه داخل در حکم آیه است و در مورد جد هم مراعات مصلحت لازم است، ولی باز می‌گوییم، حکم مذکور مخصوص جد است و شامل پدر نمی‌شود و در مورد پدر دلیلی بر لزوم رعایت اصلح نداریم و همان عدم المفسده کافی نیست.

۱. وسائل الشیعه ج ۱۴ ص ۲۱۹ باب ۱۱ حدیث ۸

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸. ۳. وسائل، ج ۱۴، ص ۲۱۸، باب ۱۱، حدیث ۵.

قوله: و دعوی:

اگر شما بگوئید: حکم جد را از آیه بدست می آوریم و حکم پدر را از راه عدم القول به فصل بدست می آوریم یعنی می گوئیم، کسی قائل به فصل نشده و حکم پدر را از جد جدا نکرده پس در مورد پدر هم مراعات مصلحت معتبر است. ما در جواب می گوئیم: این ادعای عدم فصل را قبول نداریم بلکه از برخی متأخر المتأخرین حکایت شده که در مسأله اقتراض قائل به فصل شده اند و گفته اند: در فرض متمکن بودن نه پدر و نه جد پدری هیچکدام مجاز نیستند از مال طفل مبلغی را قرض بگیرند ولی در فرض نیاز و عدم یسر (در مضیقه بودن) پدر حق دارد قرض بر دارد ولی جد پدری مجاز نیست. نتیجه: اقلاً در مورد پدر این مطلب مسلم شد که مراعات مصلحت لازم نیست و با فرض عدم مفسده تصرفات او نافذ است و البته در مورد جد هم ما همین ادعا را داریم به بیانی که در اولاً و ثانیاً گذشت.

قوله: ثم لا خلاف:

آیا ولایت پدر و جد پدری (ولو جد دوم و سوم و... باشد) در عرض هم می باشد یا در طول هم؟ به دیگر سخن آیا پدر و جد در ولایت مشارکت دارند و با وجود پدر هم جد ولایت دارد و تصرفش نافذ است؟ یا مشارکتی نیست و با بودن پدر نوبت به جد نمی رسد و ولایت جد بر فرض نبود پدر است؟ می فرماید ظاهراً خلافی نیست در اینکه ولایت آندو در عرض هم است و مشارکت دارند و اگر جد سبقت گرفت و دختر را به عقد کسی در آورد نکاحش نافذ است و نوبت به پدر نمی رسد و اگر هم پدر، دختر را به عقد دیگری در آورد نکاحش باطل است و هکذا در بیع و شراء،

و دلیل مطلب روایاتی است که می گوید: خود شخص و آنچه مال او است که از جمله آنچه مال می باشد همان اموال فرزند او است همه اینها مال پدر آن شخص است (که نسبت به فرزندان شخص، جد محسوب می شود). و روایاتی که می گوید: خود ولد و پدر ولد هر دو مال جد هستند پس با وجود پدر هم جد ولایت دارد و فرقی میان جد اول و دوم و... نیست و کلمه جد تمام آنها را شامل است.

قوله: و لو فقد الاب:

اگر پدر از دنیا رفته ولی پدر پدر و جد پدر که نسبت به طفل جد اول و دوم محسوب

می شوند در قید حیات هستند، آیا ایندو مثل پدر و جد (در فراز قبلی) هستند و در حکم مشارکت دارند و در عرض هم ولایت دارند و هر کدام سبقت گرفتند همان نافذ است؟ یا در این فرض ولایت مخصوص جدّ اول است و با وجود او نوبت به جدّ دوم نمی رسد و تصرّفات او نافذ نیست، آری با مرگ جدّ قریب، جدّ بعید هم ولایت پیدا می کند؟ در مسأله دو قول مطرح است:

۱- آری باز هم مشارکت دارند چون روایاتی که می گوید: فرزند و پدر فرزند هر دو مال جدّ هستند اطلاق دارد و شامل جدّ قریب و بعید، ادنی و اعلی هر دو می شود و فتوای جماعتی همین است.

۲- خیر، ولایت مخصوص جدّ اول است به دلیل آیه اولوالارحام که می فرماید: و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض^۱ یعنی صاحبان رحم و منسوبین و اقرباء انسان یکسان نیستند بلکه برخی از بعضی دیگر اولویت دارند یعنی نزدیک اولای از دور است پس با وجود قریب نوبت به بعید نمی رسد و او ولایت ندارد.

قوله: و خرج:

اگر کسی بگوید: پس چرا در فرع قبلی و در رابطه با ولایت اب و جدّ به آیه استناد نکردید و ولایت را مخصوص پدر ندانستید بلکه مشارکت و در عرض هم بودن را اختیار کردید؟ خواهیم گفت: علی القاعده همین بود ولی باب پدر و جدّ از آیه او لوا الارحام خارج شده است و قطعاً مشارکت دارند ولی بقیه در عموم آیه باقی هستند.

قوله: و لیس المراد:

اگر کسی بگوید: در آیه شریفه کلمه اولی آمده که افعّل تفضیلی است و بدان معنا است که با وجود قریب هم، بعید و لایت دارد ولی قریب سزاوارتر است و بهتر است که او متصرّف باشد (مثل این که زید عالم است و بکر اعلم است یعنی هر دو در مبدء علم شریکند ولی یکی علمش بیشتر است). هر دو در مبدء ولایت مشارکت دارند ولی قریب اولی است. مرحوم شیخ می فرماید: اولویت در آیه اولویت تفضیلی نیست بلکه اولویت تعیینی است (کما اینکه در باب ارث به حکم همین آیه با وجود طبقه اول نوبت به طبقات

بعدی نمی‌رسد نه اینکه طبقه بعد هم ارث می‌برد ولی طبقه اول اولویت دارد. یا در باب تجهیز میّت می‌گویند: اُولی بمیراثه اولی با حکامه یعنی هر کس تقدم در ارث دارد اولای به احکام میّت است و معیناً خود او باید تجهیز میّت را به عهده بگیرد یا به دیگری اذن دهد.) و نظیر «فلان احق بالامر من فلان» است که معیناً استحقاق فلان را دلالت دارد نه اینکه دیگری هم سزاوار است ولی فلانی سزاوارتر است. و محقق ثانی^۱ شهید ثانی^۲ فاضل سبزواری هم اولویت را تعیینی گرفته‌اند. و ولایت را مخصوص جدّ قریب دانسته‌اند.

۲. مسالک، ج ۷، ص ۱۷۱.

۱. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۸۷.

مسأله ولایت فقیه عادل

از جمله اولیاء تصرّف که ولایت بر تصرّف در اموال طفل داشتند، پدر و جدّ پدری بود با حدود و شرطی که گذشت. و از جمله کسانی که ولایت دارند و شرعاً مجاز هستند در اموال اشخاص که شرعاً استقلال در تصرّف در اموال خودشان ندارند (از قبیل صغار، مجانین، سفهاء، و در یک کلام افراد غُیّب و قُصَر یعنی کسانی که غیبت منقطعه پیدا کرده و هیچ اثری از آنها نیست یا کسانی که قصور دارند و تصرّفات آنها در مال خودشان هم نافذ نیست). تصرّف کنند، حاکم شرع است و منظور از حاکم شرع، فقیه جامع الشرائط است یعنی مجتهدی که تمام شرائط فتوی دادن را واجد است (از مرد بودن، شیعه بودن، عادل بودن و...) چنین کسی بر موارد مذکور ولایت دارد و از آن به ولایت فقیه تعبیر می‌شود. (البته از دیدگاه مرحوم شیخ در صدر این مسأله، ولایت فقیه محدود به تصرّفات در اموال صغار و مجانین و... می‌باشد ولی مبانی دقیق دیگری هم وجود دارد که ولایت مطلقه برای فقیه قائل است و در ادامه خواهد آمد).

قوله: و قدر أینا:

مرحوم شیخ می‌فرماید: به اینجا که رسیدم مناسب دیدم که مناصب فقیه را در اسلام بیان کنیم و تقاضای اکثر حضار مجلس درس و بحث را اجابت کنم: فقیه جامع الشرائط دارای سه منصب است:

۱- منصب اوّل از مناصب فقیه، منصب إفتاء است، فقیه جامع الشرائط حقّ إفتاء دارد و می‌تواند فتوی بدهد و مسائل و احکام شرعیّه عوام را برای آنها بیان کند و اگر فتوی داد، باید عامی از آن متابعت کند و فتوای فقیه در حقّ او حجّت است و مورد فتوی دادن عبارتست از:

الف: مسائل فرعیه یعنی قضایائی که متکفّل احکام تکلیفیّه و وضعیه است و بیان حلال و حرام می‌کند.

ب: موضوعات مستنبطه اعمّ از موضوعات شرعی مثل عبادات و موضوعات عرفی مانند غناء و غیبت و... که بیان حدّ و مرز این موضوعات هم بر عهده فقیه است، فقیه باید حدود جهاد و امر به معروف و... را بیان کند، فقیه باید بگوید که غناء بر کلام حق نیز

صادق است یا مخصوص کلام باطل و لاهی است؟ و غیر فقیه نمی‌تواند در این مسائل موضوع شناس باشد. و هدف فقیه از بیان حدود موضوع آنست که بدنبالش حکم شرعی بر آن مترتب شود و از این زاویه موضوع شناسی می‌کند نه از زاوایای دیگر.

به اعتقاد ما بی‌شک چنین منصبی (افتاء) برای فقیه ثابت است و تنها عدهٔ قلیلی از دانشمندان (فقهاء حلب) و از اخباریین، تقلید را جایز ندانسته و آن را حرام می‌دانند و منکر چنین منصبی هستند، وگرنه عموم فقهاء شیعه طرفدار جواز تقلید و نفوذ فتوی هستند، ضمناً بحث درباره حدود و شرائطِ افتاء و کم و کیف آن مربوط به باب اجتهاد و تقلید است و از بحث ما بیرون است.

۲- منصب دوم از منصبهای فقیه، منصب حکومت و قضاوت و فصل خصومت است که طبق روایات، مردم شیعه در مراعاتات و منازعات مالی و غیره باید به فقیه عادل مراجعه کنند و حق ندارند به طاغوت و حاکم جور مراجعه کنند، و فقیه هم باید عادلانه آنچه می‌فهمد و تشخیص می‌دهد، بر طبق همان حکم کند و شیعیان هم باید بدان راضی باشند و حق ندارند آن را رد کنند. و نیز در غیر منازعات هم فقیه عادل حکم دارد، مثلاً اگر کسی مفلس شده فقیه حکم به محجوریت او می‌نماید. یا حکم به دخول هلال شوال «مثلاً» می‌نماید و این گونه امور از شؤون حاکم اسلامی روئی فقیه است.

منصب قضاوت و حکومت هم برای فقیه عادل ثابت است و کسی در اصل آن مخالفت نکرده، امّا فی الجمله یعنی با قطع نظر از شرائط و خصوصیات مسأله، و امّا تفصیل مطلب از لحاظ شروط حاکم و محکوم به و محکوم علیه، مربوط به کتاب قضاء و شهادات است و فعلاً از بحث ما خارج است.

۳- منصب سوم از مناصب فقیه، منصب ولایت داشتن بر اموال و جانهای دیگر و تصرف در اموال و انقُس می‌باشد، آیا فقیه جامع الشرائط حق دارد شرعاً در اموال دیگران دخل و تصرف کند، مال کسی را مصادره کند؟ جلو ثروتهای باد آورده را بگیرد؟ کالاهای انبار شدهٔ کسی را بفروشد؟ اموال او را به دیگری هبه کند؟ زوجهٔ کسی را طلاق بدهد؟ و... یا چنین حقی ندارد؟ بحث ما فعلاً در همین قسم است و تحت عنوان ولایت فقیه مطرح است:

قوله: فنقول:

ولایت (مالک و متولی چیزی بودن و سرپرستی کردن و زمام امر چیزی یا کسی بر عهده والی بودن) بر اموال یا انفس دیگران دو شعبه دارد و به دو نحو قابل تصور است:

۱- ولایت استقلالی: یعنی ولی (پیامبر باشد یا امام یا فقیه جامع شرائط) مستقلاً حقّ دخل و تصرف دارد و می تواند در مال یا جان دیگران تصرف کند، قطع نظر از اینکه دیگران هم استقلال در تصرف داشته باشند یا آنها استقلال در تصرف نداشته باشند و تصرف آنها منوط به اذن فقیه باشد. و در حقیقت بازگشت این قسم به اینست که: رأی و نظر ولی، سبب و علت تامّه جواز تصرفات او است که اگر اراده کرد حتماً حق تصرف دارد.

۲- ولایت غیر استقلالی: یعنی غیر از ولی، دیگران اگر بخواهند در مالی تصرف کنند، حتماً باید با اذن فقیه باشد و آنها استقلال در تصرف ندارند، باز با قطع نظر از اینکه خود فقیه استقلال در تصرف داشته باشد یا نه، و بازگشت این قسم به آنست که: رأی و نظر فقیه و اذن او شرطیت دارد و تا نباشد تصرف صحیح نیست. و از حیث مورد، میان دو شعبه مذکور رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد:

ماده اجتماع هر دو شعبه یعنی اینکه فقیه استقلال در تصرف داشته باشد و دیگران چنین استقلالی نداشته باشند عبارتست از تصرف در اموال مجهول المالک و تصدّق آن، تصرف در اموال قاصرین (صغار، مجانین و سفهاء) که در اینگونه موارد فقیه استقلال دارد ولی دیگران استقلال ندارند و باید با اذن فقیه تصرف کنند.

ماده افتراق از ناحیه قسم اوّل یعنی فقیه مستقلّ در تصرف باشند مثل باب زکات و مصرف آن در مصارف خودش که هم فقیه استقلال و بسط ید دارد و می تواند آنها را از مالکین مطالبه کرده و اخذ کند و به اهلس برساند و هم خود مالک مال زکوی می تواند زکات مالش را جدا کرده و به مستحقّین آن برساند.

ماده افتراق از ناحیه قسم دوّم یعنی قسم ثانی باشد و دیگران استقلال در تصرف نداشته باشند و منوط به اذن حاکم باشد ولی قسم اوّل نباشد یعنی استقلال فقیه نیست و خود فقیه هم مستقیماً و مستقلاً حقّ دخالت ندارند، بلکه کار را دیگری انجام می دهد ولی با اذن حاکم شرع، مثل تقاص که خود فرد ذیحق می تواند تقاص کند و به مقدار دین

از اموال بدهکار بر دارد ولی برای جلوگیری از هرج و مرج، باید این کار را با اذن فقیه عادل انجام دهد.

قوله: ثم انه:

مواردی که اذن فقیه معتبر است و دیگران اگر بخواهند تصرف کنند حتماً باید با اذن ولی باشد، این اذن در تصرف به سه نحو متصور است:

۱- گاهی بر وجه استنباه و توکیل است یعنی فقیه عادل کسی را وکیل بر فلان کار قرار می دهد و فلانی از ناحیه حاکم، وکیل در امور مالی و غیره می شود.

۲- و گاهی بر نحو تفویض و تولیت است یعنی فقیه عادل کسی را متولی کاری می گرداند و او را بر آن کار منصوب می نماید مثل تعیین متولی و سرپرست موقوفات، تعیین قیم برای صغار و ...

(فرق توکیل و تولیت در اینست که: با موت فقیه وکالت و نیابت خود به خود فسخ می شود ولی تولیت کماکان باقی است و تا عزلی از سوی فقیه جدید و ولی بعدی صورت نگیرد، از بین نمی رود.)

۳- و گاهی صرفاً به نحو رضایت باطنی است یعنی احراز کنیم که فقیه راضی است، مثلاً شخصی از دنیا رفته و ولی و سرپرستی هم ندارد در اینجا یا باید خود فقیه جامع الشرائط بر او نماز بگذارد و یا دیگران احراز کنند که فقیه راضی است که آنها نماز بخوانند. (از سه فرض مذکور قسم اول و دوم از شؤون ولایت استقلالی است و سوم از شؤون ولایت غیر استقلالی.)

قوله: اذا عرفت:

حال که این مقدمه را دانستی و با دو قسم ولایت استقلالی و غیر استقلالی آشنا شدی وارد اصل مطلب می شویم: نخست تأسیس اصل می کنیم: اصل اولی آن است که جز ذات متعالی خداوند که ولایت ذاتیه دارد و خالق ما است و ولی نعمت حقیقی ما است و همه هستی و کمالات هستی ما از او است هیچکس بر دیگری ولایت ندارد و هیچ کس حق ندارد در مال و جان دیگری بدون رضایت و طیب نفس دیگری تصرف کند و این اصل مستفاد از عموماً وارد در روایات است که می فرماید: لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه، الناس مسلطون علی اموالهم، لا تکن عبد غیر و قد جعلک الله حراً و... که از اینها به

وضوح استفاده می شود که انسانها بر جان و مال خویش سلطنت دارد و هیچکس حق ندارد بدون طیب نفس آنها در مال و جان آنها تصرف کند، از این اصل اولی دو مورد قطعاً خارج شده و دو گروه هستند که ولایت دارند و تصرف در مال و جان مردم برای آنها تشریع و جعل شده و آندو عبارتند از: ۱- پیامبران ۲- امامان، و گروه سوم یعنی فقهای جامع شرائط مورد بحث است که در ادامه خواهد آمد. اما ولایت پیامبر و امام: در رابطه با ولایت پیامبر و امام در چهار مقام بحث می شود:

۱- ولایت تکوینی: پیام آوران الهی و حافظان این پیام و ادامه دهندگان خط انبیاء یعنی ائمه علیهم السلام ولایت تکوینی دارند و باذن الله قدرت تصرف در کائنات دارند و می توانند کارهای خارق العاده ای را در خارج انجام دهند، معجزات انبیاء که در قرآن هم نقل شده از این باب است، موسای کلیم باذن الله عصا را بر دریا می زند و دوازده راه باز می شود، یا بر سنگ می کوبد و دوازده چشمه می جوشد، یا عصا را بدل به اژدها می کند و... یا عیسی مسیح باذن الله مرده ها را زنده می کند و کور مادر زاد را شفا می دهد و... یا رسول اکرم شق القمر می کند و دهها معجزه دیگر، و نیز کرامات فراوانی که از امامان معصوم علیهم السلام نقل شده است و دلیل بر ولایت تکوینی آنها است. و این قسم از ولایت حتمی است و جای مذاکره درباره آن علم کلام است.

۲- ولایت تشریعی: خداوند برای پیامبر و امام، جعل ولایت کرده و به آنها اختیار تصرف در اموال و انفس دیگران داده است و امام می تواند در جامعه اقامه حدود و تعزیرات نماید، حقوق شرعی را از اموال مردمان بگیرد، اموالی را که به ناحق تصاحب کرده اند مصادره کند، بلکه اموالی را هم که به حق مالک هستند از آنها بگیرد، بدیگری هبه کند، بفروشد، زوجه کسی را طلاق دهد، و خلاصه اینکه از جانب خداوند، امام علیه السلام و پیامبر سلطنت مطلقه بر مردم دارند و تصرفات آنها مطلقاً نافذ است چه در اموال و چه انفس، چه مالک اصلی راضی باشد و طیب نفس داشته باشد یا نه، و ادله ولایت تشریعی عبارتست از:

آیاتی از قرآن از قبیل: التبی اولی بالمؤمنین من انفسهم^۱ یعنی خود مؤمنان بر خود و جان و مال خویش ولایت و سلطنت دارند ولی سلطنت و ولایت پیامبر اولی و قویتر و

شدیدتر است از سلطنت خود آنها بر خودشان (و وجه اولویت به قول ایروانی: و لقل وجه اولویته کونه ابصر بمصالح المؤمنین و مضارهم فبقوادم الی مصالحهم و یکفهم عن مضارهم با حسن ممّا هم یقودون و یمسکون.^۱) (و به قول مرحوم شهیدی: وجه الدلالة فی الآیه أنّ مقتضاها أنّ ما کان للانفس فهو للنبی ﷺ بنحو الاولیة، من جملة ما کان لها نفوذ التصرفات فی اموالهم فیکون للنبی بالاولیة و ان شئت فقل: أنّ معنی الآیه أنّ میل النبی ﷺ مقدّم علی میل المؤمنین عند الاختلاف، مثلاً لو اراد احدهم بیع ماله من زید و اراد ﷺ بیعه من عمرو و باعما نفذ بیعه ﷺ لابیع صاحب المال و لانعی بالولایة الا هذا^۲) پس سلطنت مالک مزاحم با سلطنت پیامبر ﷺ نیست. (البته به ضمیمه عدم الفصل میان پیامبر ﷺ و امام علیّه همن ولایت و اولویت در جان و مال، برای امام علیّه نیز ثابت می باشد.) ضمناً آیه شریفه محدوده ای برای اولویت پیامبر ﷺ قائل نشده و از آن ولایت مطلقه برداشت می شود.

آیه دیگر: و ما کان لمؤمن و لا مؤمنة اذا قضی الله و رسوله امرّاً ان یکون لهم الخیرة من امرهم و من یعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالاً مبیناً^۳ یعنی هیچ مرد و زن با ایمانی حق ندارد هنگامی که خدا و پیامبرش امری را لازم بدانند اختیاری از خود داشته باشد و هرکس نافرمانی خدا و رسولش را کند به گمراهی آشکاری گرفتار آمده است.

کیفیت استدلال: کلمه قضی در اینجا به معنای قضای تشریعی و قانون و فرمان و داوری است و کلمه امرّاً هم اطلاق دارد و بر هر امری از امور قابل صدق است و از جمله آنها تصرف در اموال و انفس است و اگر خدا و رسول صلاح دانستند و امری را مقضی و لازم دانستند بدان فرمان دادند باید دیگران امتثال کنند و حقّ چون و چرا ندارند. پس به حکم آیه شریفه اطاعت خدا و رسول در هر امری از امور لازم است.

آیه دیگر: اَتَمّا ولیکم الله و رسوله و المؤمنون الذین یمونون الصلوة و یؤتون الزکاة و هم راکعون^۴ این آیه علاوه بر اثبات ولایت الله و رسول خدا ﷺ و امیر المؤمنین علیّه (که به اتفاق مفسرین مراد از المؤمنون... امام علی علیّه است) انحصار ولایت در اینها را ثابت کرده و به وضوح دلالت دارد که فقط اینها ولایت دارند و مالک و صاحب اختیار

۲. هدایة الطالب، ص ۳۲۷.

۴. سورة مائده / ۵۵.

۱. حاشیة مکاسب، ص ۱۵۵.

۳. سورة احزاب / ۳۶.

اُمّت اسلامی هستند و محدوده ولایت آنها را تعیین نکرده پس در هر امری از امور ولایت دارند و ولایت آنان، مطلقه است و آنها اولی به تصرف هستند در مال و جان مؤمنان از خود مؤمنان.

و اما روایاتی که دالّ بر ولایت تشریعی پیامبر و امام علیه السلام می باشد:

روایت ایوب بن عطیه از رسول خدا صلی الله علیه و آله: اَنَا اَوَّلُی بَکَلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ^۱ یعنی هر مؤمنی بر نفس و مال خویش ولایت دارد ولی ولایت من بر مال و جان او از خود او هم قویتر و شدیدتر است. پس من بر هر مؤمنی ولایت دارم و دایره ولایت هم محدود نشده و مطلقه است و به ضمیمه عدم فصل میان پیامبر و امامان علیهم السلام ولایت مطلقه آنان نیز بر جمیع شؤون رعیت و اُمّت اسلامی ثابت می گردد.

و روایت غدیر خمّ که حضرت صلی الله علیه و آله فرمود: اَلَسْتُ اَوَّلِی بَکُم مِّنْ اِنْفُسِکُمْ؟ قالوا: بلی، قال: مَن کُنْتَ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلِیٌّ مَوْلَاهُ^۲ نخست رسول خدا از مسلمانان اقرار گرفت که او بر جان مؤمنان از خود آنها اَوَّلِی است و ولایتش قویتر است، سپس فرمود: هر کس که من مولای او هستم پس این علی علیه السلام مولای او است. این روایت نیز به وضوح بر ولایت مطلقه پیامبر و امام علیه السلام بر جان و مال مردم دلالت دارد.

علاوه بر آیات و روایات مذکور از طریق اجماع امامیه نیز مطلب قابل اثبات است و احدی از امامیه در ولایت مطلقه امامان تردیدی ندارد. و نیز از راه حکم عقل غیر مستقل هم قابل اثبات است: در مسأله قبلی ولایت پدر و جدّ پدری بر اموال طفل و بر خود طفل ثابت شد و روایات می فرمود: اَنْتَ وَ مَالُکَ لایِیک... حال اگر صرف ابوّت ظاهری و جسمانی موجب نفوذ تصرّفات پدر در مال فرزند باشد پس ابوّت معنوی و ایمانی و روحانی که پیامبر و امام دارند و پدران روحانی اُمّت هستند (یا علی انا و انت ابوا هذه الامة) به طریق اولی موجب نفوذ تصرّفات آنها و ولایت داشتن آنها بر مال و جان مؤمنان است. و وجه اولویّت آنست که حقّ پدر جسمانی با حق پدر روحانی قابل قیاس نیست، امام هادی و راهنمای اُمّت بسوی راه راست است، امام باذن الله ما را به سعادت ابدی می رساند و حقّ به مراتب بزرگتری دارد، پس صاحب اختیار ما نیز می باشد.

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۵۵۱، حدیث ۱۴.

۲. الغدیر، ج ۱، ص ۱۴ و ۱۵۸.

۳- وجوب اطاعت پیامبر و امام در اوامر شرعیّه آنها: اگر پیامبر و امام فرمودند: فلان کارها واجب است و باید انجام دهید، فلان کارها حرام است و باید اجتناب کنید، در اوامر و نواهی تبلیغی باید از آنها اطاعت کنیم و حق نداریم مخالفت نمائیم.

۴- وجوب اطاعت پیامبر و امام علیه السلام در اوامر عرفیه آنها، مثلاً به شخص می‌فرماید باید زوجهات را طلاق دهی، به زوجه‌ای امر می‌کند که باید با زوج خود زندگی کند، بدیگری امر می‌کند که وارد آتش شو، برو فلان معامله را برای ما انجام بده، به عروړه بارقی درهمی می‌دهد که برود و گوسفندی خریداری کند و... در اینها نیز اطاعت آنها واجب است.

و دلیل بر وجوب اطاعت پیامبر و ائمه علیهم السلام در این دو بخش (اوامر شرعیّه و اوامر عرفیه) ادله اربعه می‌باشد اما قرآن: آیاتی از قرآن بر وجوب اطاعت از آنها دلالت دارد: ۱- فلیحذر الذین یخالفون عن امره ان تصیهم فتنه او یصیهم عذاب الیم^۱ یعنی باید بر حذر باشند و ترسند آن کسانی که از امر رسول صلی الله علیه و آله و سلم سرپیچی می‌کنند و با آن مخالفت می‌کنند، از اینکه فتنه‌ای (بلای سخت دنیوی) بدانها برسد یا در عذاب دردناک گرفتار آیند.

کیفیت استدلال: کلمه امره مفرد مضاف است و اطلاق دارد و هر امری از اوامر شرعی و عرفی و شخصی و عادی پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم را شامل است و بر مخالفت هر یک از آنها وعده عذاب دردناک داده و این کاشف از وجوب موافقت اوامر رسول خدا است. و با ضمیمه عدم قول به فصل همین حکم برای اوامر ائمه علیهم السلام نیز ثابت است.

۲- اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم^۲

کیفیت استدلال: به حکم امر اطیعوا اطاعت خدا و اطاعت رسول خدا و اطاعت اولی الامر (که منظور ائمه علیهم السلام می‌باشند و یا قدر متیقن و مصداق اکمل آنان می‌باشند). واجب است و حذف متعلق مفید عموم است یعنی در هر امری از اوامر و نهی از نواهی باید از خدا و رسول و امامان اطاعت کنید.

۳- ما آتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا^۳

۲. سورة نساء / ۵۹.

۱. سورة نور / ۶۳.

۳. سورة حشر / ۷.

کیفیت استدلال مثل آیه و آیات قبلی است و تعمیم دارد و شامل اوامر عرفی و عادی هم می‌شود، و نیازی به تکرار نیست.

و اما سنت: اخبار در رابطه با وجوب و افتراض اطاعت ائمه علیهم‌السلام و حرمت معصیت آنان و اینکه معصیت آنها مثل معصیت خدا می‌باشد، فراوان است و کافی است به سه نمونه ذیل توجه کنیم:

۱- مقبوله عمر بن حنظله که در آخر حدیث آمده: الرّادّ علیهم کالرّادّ علینا و الرّادّ علینا کالرّادّ علی الله و هو علی حدّ الشرک بالله^۱ که ردّ بر امام را مثل ردّ بر خدا و در حدّ شرک به خدا دانسته است پس مخالفت با ائمه علیهم‌السلام هم حرام است و اطاعت آنها واجب است و لو در امری از امور عرفی و منازعات مالی باشد.

۲- مشهوره ابی خدیجه که می‌فرماید: ایّاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فانّی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا الیه^۲ که امر می‌کند به مراجعه به عالم شیعه و نهی می‌کند از ارجاع نزاع و رفع دعوا به نزد حاکم جور و امر دالّ بر وجوب است.

۳- توقیع شریف: و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا فانهم حجّتی علیکم و انا حجّه الله^۳ که در این توقیع، امام علیه‌السلام حکومت فقیه و سلطنت او بر مردمان را به این تعلیل کرده که: فقیه عادل حجّت من بر شما است، و باید از او اطاعت کنید، و اصل خود امام است که اطاعت او واجب است.

و اما اجماع: از مواردی است که حتّی دو نفر از فقهای شیعه در آن اختلاف نکرده و همه می‌گویند: اطاعت پیامبر و امام علیهم‌السلام واجب است و فرقی میان او امر شرعی و غیره نیست.

و اما حکم عقل قطعی: هم حکم عقل مستقلّ داریم که عقل بدون استعانت از شرع و مستقلاً حکم می‌کند و هم حکم عقلی غیر مستقلّ داریم که عقل با استعانت از شرع حکم به وجوب اطاعت پیامبر و امام علیهم‌السلام می‌کند:

اما عقل مستقلّ: پیامبر و ائمه صلوات الله علیهم اجمعین اولیای نعمتهای ما

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸-۹۹، حدیث اوّل، باب ۱۱.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴، حدیث ۵. ۳. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۱، حدیث ۹.

می باشند «صغری» و پس از معرفت و شناخت آنان به عنوان ولی نعمت و منعم (البته باذن الله و بمشیته) عقل هر عاقلی مستقل است به اینکه: شکر منعم واجب است «کبری» پس شکر پیامبر و ائمه علیهم السلام واجب و لازم است و از مصادیق شکر منعم و شکر عملی عبارتست از اطاعت او امر و نواهی آنان، پس اطاعت آنان در جمیع اوامر و نواهی اعم از شرعی و عرفی و عادی و سیاسی واجب است. و هو المطلوب. مهم در این برهان اثبات صغری است و گرنه کبرای کلی واضح است.

اثبات صغری: پیامبر و امام هم در مقام تکوین و تحقق خارجی و نظام تکوین ولی نعمت دیگر موجودات می باشند، زیرا که آنان وسائط فیض و مجاری افاضات الهی هستند و به برکت آنها سایر موجودات آفریده شده و می شود و در روایات فراوانی می خوانیم: باران به برکت وجود آنها نازل می شود. آسمان به برکت وجود آنها بر پا است مخلوقات به یمن وجود آنها روزی می خورند، اصلاً اصل وجود ممکنات و کمالات وجودی آنها در جمیع عوالم وجود به برکت آنها است و حقیقت احمدی علیه السلام نخستین مخلوق و صادر نخستین است و باذن الله مبدء و علت و سر سلسله ممکنات می باشند. و هم در نظام تشریع، آنان هادی و راهنمایند و اوامر الهی را به بشریت ابلاغ کرده اند و هر فضیلت و ارزشی در جامعه بشری وجود دارد به برکت آنان است. پس آنان ولی نعمتان ما هستند.

و اما حکم عقل غیر مستقل: طبق روایاتی که در مسأله قبل (ولایت اب و جد) بدانها اشاره شد اطاعت پدر و جد بر انسان واجب است و مقام ابوت اقتضا می کند که آدمی از پدرش اطاعت کند و حرف شنوی داشته باشد، البته این وجوب طاعت فی الجمله است یعنی در اموری که خلاف شرع نباشد و گرنه اطاعتش واجب نیست، مثلاً اگر پدری امر به منکرات نماید یا نهی از معروفها و واجبات الهی بکند بر فرزند اطاعت او واجب نیست، زیرا به حکم روایات: «لا طاعة لمخلوق فی معصية الخالق» حال اگر مقام ابوت مقتضی است که فرزند از او اطاعت کند، پس مقام عظمای ولایت و امامت به طریق اولی مقتضی است که امت و رعیت از آن اطاعت کنند و اطاعت امام بر همگان واجب باشد.

وجه اولویت آن است که: حقی که مناط وجوب اطاعت باشد در باب امامت به مراتب بزرگتر از باب ابوت است و اصلاً قابل قیاس نیست چرا که آنان پدران روحانی و

معنوی جامعه هستند و بشریت را به سوی راه راست هدایت می‌کنند و پیروی از سنت و سیرت آنان ما را به خوشبختی ابدی نائل می‌کند لی پدران نسبی ما صرفاً پدران جسمانی هستند و ما از اصلاّب آنان هستیم و تا مدتی هم تحت تکفل و سرپرستی آنها بوده‌ایم و بیش از این نیست. (و نیز اگر مقام ابوت ایجاب می‌کند که پدر و جدّ بر اموال طفل ولایت داشته باشند و تصرفشان در آن اموال نافذ باشد و حقّ بیع و شراء و تزویج و غیره داشته باشند و بلکه خود فرزند و همه ما یملک او مال پدر و جدّ باشد پس مقام امامت به طریق اولی این ولایت داشتن را اقتضا می‌کند. به همان اولیّتی که بیان شد.)

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه ادلّه اربعه‌ای که مرحوم شیخ ردیف کردند تماماً به منظور اثبات ولایت پیامبر و امام بود و آن همه آیه و روایت و حکم عقل را به این هدف ذکر کرده‌اند در حالی که برخی از آنها بر ولایت داشتن دلالت داشت و برخی بر وجوب اطاعت از آنان دلالت می‌کرد (چنانکه ما تفکیک کردیم) و ملازمه‌ای هم میان وجوب اطاعت و ثبوت ولایت نیست زیرا اطاعت مادر هم واجب است در حالی که او ولایت شرعیّه ندارد، اطاعت والدین بر فرزند کبیر هم واجب است در حالی که او ولایت ندارند، پیروی از فتوای مجتهد، بر مقلّد واجب است در حالی که بر مسلک منکرین ولایت فقیه، ولایتی در میان نیست. پس خوب بود مرحوم شیخ تفکیک می‌کردند.

قوله: و المقصود:

هدف ما از ذکر آن همه آیات و روایات و ادلّه دفع این توهم است که کسی خیال کند پیامبر و ائمه علیهم السلام ولایت تشریعی بر اموال و اعراض و انفس ندارند و ولایت مطلقه برای آنان ثابت نیست، همچنین خیال کند که اطاعت از آنان تنها در محدوده اوامر شرعیّه که حکم خدا را بیان می‌کنند، واجب است نه در اوامر عرفیه و عادیّه آنان، به حکم آن ادلّه این توهم باطل است و پیامبر و امام ولایت و سلطنت مطلقه بر جان و مال مردم را دارد و صاحب اختیار آنها هستند و هرگونه تصرفی را که انجام دهند به اذن الهی نافذ است. و هم در اوامر شرعیّه از آنان باید اطاعت شود و هم در اوامر عرفی و عادی باید مطیع باشیم (علاوه بر ولایت تکوینی که آنهم قطعاً ثابت بود ولی جای بحث از آن علم فقه نیست.) تا اینجا ولایت به معنای اوّل را (ولایت استقلالی) که ولایت مطلقه پیامبر و امام علیهم السلام بود، ثابت کردیم.

قوله: واما بالمعنی الثانی:

و اما ولایت به معنای دوش یعنی دیگران اگر بخواهند در بعضی از کارها دخل و تصرف کنند حتماً باید به اذن و رضایت پیامبر ﷺ و امام علیؑ باشد و از خود استقلال در تصرف ندارد و اگر بدون رضایت امام علیؑ کاری کردند حتماً باطل بوده و نافذ نخواهد بود:

در این رابطه هم نخست تأسیس اصل می نمایند و آن اینکه: لزوم اجازه گرفتن از پیامبر و امام خلاف اصل است و اصل اولی آن است که هیچ انسانی بر انسان دیگر ولایت ندارد و اجازه گرفتن از او شرط نیست، آنگاه لزوم اذن و اجازه از امام علیؑ مخالف با این اصل است ولی به حکم ادله و اخبار خاصه ای که داریم می گوئیم: اذن گرفتن از امام علیؑ واجب و لازم است، اما قبل از ذکر اخبار، اشاره ای به ضابطه این امور و کارها می کنند:

در چه کارهایی اذن امام علیؑ لازم است؟ به طور کلی در اموری که معروف و دارای مصلحت هستند و مطلوب شارع مقدس است و از طرفی بر عهده شخص یا گروه مشخص از رعیت و مسلمانان گذاشته نشده (مثلاً سرپرستی اموال فرزند بر عهده پدر گذاشته شده و تا پدر هست او ولایت دارد و اجازه گرفتن لازم نیست، فتوی دادن بر عهده مجتهد جامع شرائط گذاشته شده و... در این موارد اذن لازم نیست.) و از طرفی هم از امور حسبه هستند یعنی اموری که نباید تعطیل شود و زمین بماند و حتماً باید در جامعه انجام شود در اینگونه موارد اذن امام علیؑ لازم است.

مثال: اقامه حدود و تعزیرات در جامعه از این قبیل است و باید در زمان حضور امام علیؑ به اذن او باشد، تصرف در اموال اشخاص قاصر که خود قصور دارند و حق تصرف ندارند از قبیل: کودکان نابالغ، مجانین، سفیهان، باید به اذن امام باشد، تصرف در اموال شخصی که غایب و مفقود الاثر شده و به اصطلاح فقهی دارای غیبت منقطعه گردیده، باید به اذن امام باشد، تصرف در اموال مجهول المالک و تصدق آن اموال باید به اذن امام علیؑ باشد، الزام مردم به پرداخت حقوق مالی، از قبیل خمس و زکات و خراج و مقاسمه و سایر مالیاتها باید در عصر حضور به اذن امام باشد، و امثال اینها از قبیل تعیین متولی برای موقوفاتی که متولی خاص ندارد، تعیین قیم برای صغاری که قیم ندارند و... و اما ادله ولایت به معنای دوم:

الف: روایاتی که دلالت دارد بر اینکه ائمه علیهم السلام ولات امر و اولی الامر می باشند^۱ که معمولاً مردم در امور عامّه و مصالح عامّه ای که از شؤون رئیس قوم است به ولیّ امر و والی مراجعه می کنند و از تعبیر به اولوالامر این معنا به ذهن می آید که: پس باید در امور عامّه مذکور و مانند آن باید به امام علیه السلام مراجعه کرد و باید با صلاح دید او انجام شوند.

ب: روایتی که می گوید: در حوادث واقعه (آنچه برای شما پیش می آمد) باید به راویان حدیث ما مراجعه کنید (توقیع شریف که بعداً خواهد آمد). و سپس در مقام ذکر علّت برای وجوب رجوع و امر به رجوع (فارجعوا فیها) می فرماید: زیرا آنان حجتّ من بر شمایند و خود من حجتّ خدا بر همگان هستم^۲ کیفیت استدلال: از این تعلیل استفاده می شود که راویان حدیث نبیان امام علیهم السلام می باشند و مرجع اصلی در اینگونه از حوادث خود امام علیه السلام است، پس در فرض تمکّن باید به خود امام باید به امام مراجعه شود و از او اذن بگیریم.

ج: روایت مفصّلی که در رابطه با بیان فلسفه ضرورتِ امام علیه السلام از امام رضا علیه السلام وارد شده و مرحوم صدوق در علل الشرایع آن را آورده و در آنجا امام هشتم علیه السلام علل متعدّدی را ذکر نموده اند که یکی از آن علل این است: تجربه ثابت کرده و عقل هم قاطع است به اینکه هیچ فرقه ای از فرقه ها و هیچ امتی از امّت ها در تاریخ یافت نشده که بمانند و زندگی کنند (و هرج و مرج پیش نیاید و نابود نشوند) مگر به برکت وجود قیّم و رئیس و قائدی که در امور دین و دنیا یا در امر دنیای آنان راهبر و زمامدار باشد، و مطلب به این مهمی از خدای حکیم یا مولای حکیم بدور است که بندگان را رها کرده و برای آنان قیّمی تعیین نکند در حالی که قوام و بقاء آنان به وجود امام است^۳ (پس حتماً پس از پیامبر صلی الله علیه و آله کسی را تعیین کرده که به اعتقاد ما علی علیه السلام است) محلّ شاهد در تعبیر لماً لا بدلهم منه فی امر الدین و الدنیا و لا قوام لهم الا بها است که دلالت دارد بر اینکه: امور عامّه و مصالح عامّه به دست امام است و امام از طرف خداوند قیّم است و دیگران باید به اذن او آن کارها را بکنند.

۱. الکافی، ج ۱، ص ۲۰۵.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۱۰، باب ۱۱، حدیث ۹.

۳. علل الشرایع، ص ۲۵۳، باب ۱۸۲، حدیث ۹.

۵: روایات خاصه‌ای که در رابطه با خصوص اجراء حدود و تعزیرات و حکومت و قضاوت وارد شده و صریحاً می‌گوید: این کارها از آن امام المسلمین است و دیگران حق ندارند و نظر امام ملاک است.^۱

ه: یا روایاتی که در رابطه با نماز بر جنازه وارد شده و می‌گوید: سلطان الله احق بها من کل احد، یعنی کسی که از طرف خداوند سلطنت و امامت دارد از دیگران بر این کار (نماز خواندن بر جنازه‌ها) سزاوارتر است و اینگونه امور حق امام است^۲ و روایات دیگری که اهل تتبع می‌توانند بدانها برسند.

قوله: وکیفکان:

اصل اینکه در کثیری از امور عامه (همان مصالح عامه‌ای که به برخی مصادیق آن اشاره شد) امام ولایت دارد و دیگران استقلال در تصرف ندارند و یقیناً باید به اذن امام علیه السلام باشد، جای بحث نیست و واضح است، ولی یک ضابطه و حد معینی ندارد و یک عموم یا اطلاقی نداریم که به حکم اصالة العموم دلالت کند بر این که هر نوع تصرفی منوط به اذن امام علیه السلام است، آری قدر مسلم این است که: در کلیه اموری که هر قومی به رئیس آن قوم مراجعه می‌کنند و بدون اجازه او کاری نمی‌کنند، در همه اینها رجوع به امام لازم است و دلیل مطلب آن است که اینان نیز اولی الامر و ولات امر می‌باشند، و مرجع اصلی در حوادث واقعه هستند (اشاره به ادله مذکور).

قوله: و المرجع:

کلاً در افعال و تصرفاتی که از وظائف حاکم مسلمین است و شأن رعیت نیست حتماً اذن امام لازم است. و در افعالی که از وظائف شخصی ما است از عبارات و معاملاتمان قطعاً اذن لازم نیست. ولی در مواردی شک می‌کنیم که آیا از امور عامه‌ای است که اذن گرفتن لازم است یا از آنها نیست و نص یا عموم و اطلاقی هم بر یکطرف نداریم، نوبت به اصول عملیه می‌رسد که آیا جای احتیاط است یا جای برائت است؟ (بستگی به مبنای فقیه دارد، اگر اذن شرط وجوب باشد عندالشک جای برائت است و اگر شرط واجب و صحت باشد، جای احتیاط است.) ولیکن از آنجا که تمام این بحثها در فرض حضور امام

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۶ و ۲۲۱ و ۳۳۰ و ...

۲. وسائل، ج ۲، ص ۸۰۱، باب ۲۳، حدیث ۴.

علیه و تمکن از امام علی (علیه السلام) یا نایب خاص او است نوبت به اجرای اصول عملیه نمی‌رسد و اصل عملی وقتی دلیل است که ما دسترسی به حجت و دلیل نداشته باشیم (الاصل دلیل حیث لادلیل و لاحجة) و با دسترسی به حجت جای اصل نیست آری اگر در سایه برخی از علل و عوامل دسترسی به امام یا نایب خاص او نداشتیم (مثل شرایط تقیه، خوف از سلطان جور، بُعد مسافت و...) اینجا جای اصل عملی است. و با لجمه تعرض ولایت پیامبر و امام فعلاً برای ما مورد ابتلاء نیست، و مهم بحث از ولایت فقیه است:

و اما ولایت فقیه:

باز در دو مقام این بخش مطرح می‌شود:

۱- ولایت استقلالی: یعنی استقلال داشتن فقیه جامع شرائط در تصرف در مال و جان مردم: و این همان مبحث معروف ولایت مطلقه فقیه است و بحث در این است که آیا همان ولایت و سلطنت و اختیاراتی که پیامبر (صلی الله علیه و آله) و امام (علیه السلام) داشتند و تصرف آنها در جمیع شؤون مسلمین نافذ بود و اطاعت کلیه او امر آنها (شرعی و غیر شرعی) واجب بود آیا همین ولایت و اختیارات برای فقیه عادل هم ثابت است و فقیه هم مثل امام (علیه السلام) بر مال و جان و ناموس مردم ولایت دارد و دخل و تصرفش در این امور نافذ است یا خیر؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: ما هیچ دلیلی از عمومات و مطلقات برای اثبات ولایت مطلقه فقیه نداریم مگر یک سلسله احادیثی که در شأن علماء دین وارد شده است (البته امروزه دامنۀ بحث به مراتب گسترده‌تر شده و فتاوی فقیهان بزرگ مطرح است، استناد به آیات و اجماع و حکم عقل و روایات دیگری غیر از روایاتی که شیخ اعظم متعرض شده، مطرح است ولی ما چون بنابر شرح مطالب کتاب داریم به مطرح فرمایشات شیخ اعظم و تشریح آنها قناعت می‌کنیم.) و ذیلاً اهم این روایات را می‌آوریم:

۱- قوله (علیه السلام) ان العلماء ورثة الانبياء^۱

کیفیت استدلال: وقتی می‌گوییم: زید وارث بکر است یعنی آنچه از بکر بر جای ماند و جزء ما ترک او است به زید می‌رسد و زید آنها را مالک می‌شود، آن‌گاه علماء وارثان پیامبران هستند یعنی آنچه را که انبیاء (علیهم السلام) از خود بر جای گذاشتند به علماء

می‌رسد و در اختیار آنان قرار می‌گیرد، چه ما ترک انبیاء علوم و معارف دینی باشد در بخش اعتقادات و اخلاق و احکام و چه ولایت و زعامت بر امت باشد پس به حکم عموم حدیث مذکور، مقام و منصب ولایت پیامبران به علماء می‌رسد، پس علماء نیز دارای ولایت مطلقه هستند (البته از خارج این نکته مسلم است که هر عالمی منظور نیست بلکه فقیه جامع شرائط منظور است).

۲- قوله ﷺ: ان العلماء ائمة الرسل^۱

کیفیت استدلال: امین کسی است که امانت دارو حافظ امانت صاحب امانت باشد و علماء امنیان پیامبر هستند یعنی حافظان امانتهای آنان می‌باشند و از جمله امانات رسولان مسأله ولایت و زعامت آنان بر امور دین و دینای مردم است و به حکم عموم حدیث علماء در جمیع شؤون متعلق به رسولان امانت دار هستند و حذف متعلق مفید این عموم است و معنای حفظ ولایت و نگهداری از آن، اعمال ولایت است و چنین نیست که شأن انبیاء تنها ذکر احکام و بیان مسائل شرعی باشد بلکه از اهم شؤون آنان حاکمیت و ولایت بر مسلمین است و این شأن هم به علماء رسیده پس آنان پس از پیامبر والی بر مردم هستند و همان ولایت رسولان را دارند.

۳- قوله ﷺ: مجاری الامور و الاحکام بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه^۲
کیفیت استدلال: کلمه مجاری الامور عام است یعنی جریان هر کاری از کارها (سیاسی اقتصادی، نظامی و هر آنچه مربوط به شؤون مسلمین باشد) مخصوصاً کلمه احکام بر امور عطف شده و عطف ظهور در مغایرت دارد یعنی امور غیر از احکام شرعیه است و مربوط به شؤون دنیوی مسلمان است و مراد از «بید العلماء» این است که در تحت قدرت و اختیار و سلطنت علماء باشد و ید کنایه از سلطنت است در نتیجه علماء بالله دارای ولایت مطلقه هستند و پس از پیامبر و امامان علیا مجاری هر امری از امور بدست اینان است.

۴- قوله ﷺ: علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل^۳

کیفیت استدلال: انبیاء بنی اسرائیل چون پیامبر بودند ولایت مطلقه بر جمیع شؤون

۱. اصول کافی ج ۱ ص ۴۶ حدیث ۵. ۲. شحف العقول ص ۲۳۸.

۳. عوالی اللثالی، ج ۴، ص ۷۷، حدیث ۶۷.

مردم داشتند و علماء اُمّت من مانند انبیاء بنی اسرائیل می‌باشند یعنی همان مناصبی که آنها داشتند اینها هم دارند پس اینان هم ولایت مطلقه دارند.

۵- مرسله فقه الرضا^(ع): اَنَّ منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الانبياء في بني اسرائيل^۱ وجه استدلال مثل حدیث قبلی است و بلکه واضحتر است چون سخن از منزلت و مقام آنها مطرح شده و منزلت و مرتبت ولایت بر مردم برای انبیاء بنی اسرائیل بوده پس برای فقیه هم همان منزلت هست.

۶- قول علی^(ع) فی نهج البلاغه: اولی الناس بالانبياء اعلمهم بما جاؤا به اَنَّ اولی الناس بابراهيم اللذين اتبعوه (قسمت اخیر آیه است که امام^(ع) بدان استشهاد کرده است).^۲

کیفیت استدلال: این حدیث در واقع بیان یک صغری است که عالمترین مردمان به شریعت انبیاء بهترین مردمان و نزدیکترین آن به انبیاء هستند و کبرای کلی هم باید ضمیمه شود که: و هرکس این گونه باشد پس برای او است آنچه برای انبیاء بوده، و از جمله آنچه برای انبیاء بوده، ولایت و زعامت بر مردم بوده پس همین ولایت برای اعلم الناس پس از انبیاء و ائمه^(ع) ثابت است.

۷- قوله^(ع): رسول خدا سه بار فرمود: اللهم ارحم خلفائي، سؤال شد: یا رسول الله خلفای شما کیانند؟ حضرت فرمود: الَّذِينَ يَأْتُونَ بَعْدِي وَيُرَوْنَ حَدِيثِي وَ سُنَّتِي^۳ کیفیت استدلال: طبق این حدیث راویان حدیث پیامبر که همانا عالمان دین باشند، خلفا و جانشینان رسول خدا هستند و در حدیث تقیید و تخصیصی نیست که در چه جهتی خلیفه هستند؟ و حذف متعلق مفید عموم است یعنی در جمیع شؤون مربوط به من، اینان جانشین من می‌باشند و از جمله شؤونات رسول^(ص) شأن ولایت بر مردم است و همین منصب برای علماء واقعی ثابت است.

۸- قول الصادق^(ع): در مقبوله عمر بن حنظله: فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا^۴ کیفیت استدلال: همانطور که اگر پیامبر در زمان خودش یا علی^(ع) در عصر

۱. فقه الرضا، ص ۳۳۸. ۲. نهج البلاغه حکمت ۹۶ و آیه ۶۸ آل عمران.

۳. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۰، باب ۱۱، حدیث ۷.

۴. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸ و ۹۹، باب ۱۱، حدیث اول.

خلافتش می فرماید: من فلانی را حاکم و والی بر شما قرار دادم، آن شخص نایب خاص می شد و ولایت بر مردم داشت، همچنین اینکه امام صادق علیه السلام می فرماید: من عالم دینی را و ناظر در حلال و حرام و عارف به احکام دین را بر شما حاکم قرار دادم و او را به این منصب منصوب کردم باز اینان ولایت یافته و اطاعت مردم از آنان واجب می شود.

۹- قوله علیه السلام در مشهوره ابو خدیجه: ائی قد جعلته علیکم قاضیاً^۱

کیفیت استدلال: همانند استدلال به مقبوله است و قاضی به معنای حاکم است....

۱۰- قوله عجل الله تعالی فرجه الشریف: هم حجّتی علیکم و انا حجة الله^۲

کیفیت استدلال: در حوادث واقعه به روایان حدیث ما مراجعه کنید زیرا آنان حجّت من بر شمایند و من حجّت خداوند بر همگان هستم، پس همانطوری که اگر خودم حضور داشتم بر شما ولایت دارم همچنین روایان حدیث ما هم نایبان عامّ من هستند و حجّت من بر شمایند و حذف متعلّق مفید عموم است یعنی نسبت به هر آنچه من حجّت خدایم نسبت به همه آنها اینان حجّت من هستند، و از جمله آن چیزها ولایت و زعامت و وجوب اطاعت امر آنان است.

قوله: الی غیر ذلک:

مرحوم شیخ در این فراز به همین ده روایت بسنده کرده و اشاره می کنند به اینکه: روایات دیگری هم وجود دارد که شخص جستجوگر می تواند به آنها دست یابد.

قوله: ولكن الانصاف:

به عقیده مرحوم شیخ دلالت این احادیث بر مسأله ولایت مطلقه فقیه، ناتمام است و به دو بیان از آنها جواب می دهند:

جواب اول: معمولاً آنچه نقل شد فرازی از هر روایتی بود و صدر و ذیلی هم داشتند که چون مستقیماً محلّ شاهد نبود، مرحوم شیخ نقل نکرد، حال می فرماید: دقت و تأمل در خود این فرازها و در صدر برخی از روایات مذکور و ذیل برخی دیگر، باعث می شود که انسان منصف جزم و قطع پیدا کند به اینکه این روایات فقط در مقام باین این مطلب است که همانطور که انبیاء علیهم السلام وظیفه داشتند احکام شرعی و مسائل فقهی را برای

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۰، باب ۱۱. حدیث ۶.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۱، باب ۱۱، حدیث ۹.

مردم بیان کنند، علماء نیز وظیفه دارند در گوشه‌ای بنشینند و حلال و حرام را بیان کنند، و اما اینکه علماء دین همانند انبیاء باشند در جمیع شؤون و مناصب تشریعی و از جمله در ولایت مطلقه داشتن بر جان و مال مردم و صاحب اختیار مردم بودن، این مطلب از روایات مذکور استفاده نمی‌شود. البتّه مرحوم شیخ به همین مقدار بسنده کرده و در یکایک روایات محاسبه نکرده‌اند ولی صاحبان حاشیه بر مکاسب به تفصیل محاسبه کرده‌اند و ما در اینجا اشاراتی به اهمّ آن محاسبات داریم:

اما روایت اوّل: اوّلّاً شاید مراد از علماء خصوص ائمه علیهم‌السلام باشند و شامل فقهای جامع شرائط نباشند، شاهد این اشکال آن است که در روایات وارده از خود آنان علیهم‌السلام می‌خوانیم: نحن العلماء و شیعتنا المتعلمون و سایر الناس غناء و ثانیاً بر فرض کلمه العلماء مفید عموم باشد (کما هو الحق چون جمع با الف و لام است). ولی از کجا ورثه بودن آنان در جمیع شؤونات مربوط به انبیاء باشد؟ و ثالثاً از کجا همه انبیاء ولایت و زعامت داشتند تا همین مقام و موقعیت برای علماء هم باشد؟ و رابعاً ذیل و ادامه حدیث قرینه است بر اینکه مراد وارث بودن در علوم و معارف انبیاء است نه در جهات دیگر، چون ذیلش می‌فرماید: و انّ الانبیاء لم یورثوا دیناراً و لا درهماً و لکن ورثوا احادیث من احادیثهم فمن اخذ بشیئی منها اخذ بخطّ و افر این جمله در حقیقت توضیح می‌دهد که ارث و میراث انبیاء برای علماء چه بوده؟ و می‌فرماید: ارثیّه پیامبران مال و منال دنیا نبوده بلکه (علوم دین و معارف الهی) و احادیث و روایات بوده و هر کس به این روایات اخذ کند بهره و افری برده است. پس این حدیث ربطی به ولایت و سلطنت مطلقه ندارد.

و اما روایت دوّم: اوّلّاً شاید مراد از «علماء» خصوص امامان باشند و ثانیاً ذیل و ادامه حدیث مشخص می‌کنند که دانشمندان دین در بیان احکام شرعی و حلال و حرام امینان رسولان هستند نه در ولایت مطلقه داشتن، چون ذیل حدیث می‌گوید: سالم یدخلوا فی الدنیا قیل یا رسول الله و ما دخولهم فی الدنیا؟ قال اتبّع السلطان فاذا فعلو ذلک فاحذر هم علی دینکم و این جمله اخیر که می‌گوید: بر دین تان از چنین عالمانی بترسید و بر حذر باشید، و دین مجموعه احکام و معارف و قوانین الهی است، قرینه می‌شود که مراد امین در امر دین است نه در جمیع شؤون دینی و دنیوی آنان.

و اما روایت سوّم: این روایت فرازی از روایت مفصّلی است که از امام حسین علیه‌السلام

نقل شده و از قسمتهای مختلف آن استفاده می شود که منظور از مجاری امور و احکام، منابع دین است و اینها بدست علماء است و تنها در این جهات متابعت از علماء واجب است و از جمله در خود فرازی که قبلاً نقل شد آمده بود: «الامناء علی حلاله و حرامه» که سخن از امین بودن بر حلال و حرام الهی است نه بر جمیع شوون زندگی مسلمین و ولایت مطلقه داشتن، مضافاً به اینکه کلمه العلماء باللّه واژه خاصی است یعنی کسانی که واقعاً عارف باللّه باشند و شاید منظور خصوص ائمه علیهم السلام باشند و از این حدیث هم عمومیت مستفاد نیست.

و اما روایت چهارم و پنجم: همه انبیاء بنی اسرائیل که ولایت بر مال و جان مردم نداشتند تا منزل فقیه مثل منزل آنان باشد و لذا قدر متیقن آن است که تشبیه در فضائل و مناقب است و از حیث فضیلت و ثواب، فقهاء مثل انبیاء بنی اسرائیل هستند ولی کاری به ولایت مطلقه داشتن ندارند.

و اما روایت ششم: این روایت هم چون تعبیر به «اعلمهم بما جاؤا» کزده و افعال التفضیل آورده به احتمال قوی منظور ائمه علیهم السلام باشند چون آنان اعلم الناس به شریعت هستند و کاری به ولایت فقیه ندارند، و بر فرض عمومیت می گوییم: این در بیان افضلیت عالم دین از دیگران است و اولی الناس ای افضلهم، و ثالثاً به فرموده علامه مجلسی در بحار: در بعض نسخه بجای اعلمهم کلمه اعملهم به تقدیم میم بر لام آمده و مرحوم مجلسی همین را اظهر دانسته که بنابر این اصلاً ربطی به ما نحن فیه ندارد. و وجه اظهریت استشهاد امام علی علیهم السلام به آیه شریفه است که ظاهر از تبعیت در آیه، تبعیت در عمل به جانحه و جارحه است.

و اما روایت هفتم: ذیل حدیث قرینه است که مراد از خلافت، خلافت در نقل احادیث و تبلیغ و نشر احکام است نه در جمیع جهات که فرموده: الذین یأتون بعدی و یروون حدیثی....

و اما روایت هشتم و نهم: صدر مقبوله و مشهوره به وضوح شهادت می دهد که ایندو مربوط به منصب قضاوت و فصل خصومت در منازعات است که منصب قضاء برای فقیه ثابت است ولی ربطی به ولایت مطلقه داشتن بر جمیع شوون امور مسلمین ندارد.

و اما روایت دهم: حجت کسی است که به سبب او بر دیگران احتجاج می شود و قدر متیقن از حجت بودن علماء بر مردم، حجت بودن در امر دین است که حلال و حرام را برای مردمان باز گو کرده و حجت بر همگان تمام کردند. و کاری به زعامت عامه بر مسلمین ندارد. نتیجه: پس از هیچکدام از روایات مذکور ولایت مطلقه فقیه ثابت نشد و به عقیده مرحوم شیخ این قسم از ولایت برای فقیه ثابت نیست و در این جهت فقهاء مثل ائمه علیهم السلام نیستند.

قوله: فلو طلب:

متفرع بر نتیجه ای که گرفتیم، می فرماید: حال که فقیه ولایت مطلقه ندارد و اطاعت از او در احکام حکومتی واجب نیست، پس اگر فقیه عادل از مردمان زکات یا خمس یا سایر حقوق مالی را مطالبه کرد و امر کرد که به او بدهند، بر مکلفین امتثال و اجابت و وجوب دفع به حاکم ثابت نیست و می توانند امر او را اطاعت نکرده و خودشان مستقیماً حقوق مالی را به مصارفش برسانند. البته این به عنوان حکم حکومتی و ولایتی بود، اما اگر به عنوان حکم فقهی و شرعی باشد یعنی فقیهی فتوایش بر این است که حتماً باید زکات و خمس و غیره بدست فقیه برسد و پرداختن آنها را به فقیه شرط صحت و امتثال می داند و اگر ندهد مشغول الذمه است، حال مطلقاً این را واجب می داند یا در صورت مطالبه، اگر چنین فتوایی می دهد باید مقلدینش متابعت کنند مثل سایر احکام شرعی و مسائل فرعی و اگر این فقیه اعلم است باید ابتداءً از او تقلید کند و به او بدهد و اگر مساوی با فقیه دیگر است پس از انتخاب او به عنوان مرجع باید زکات را به او بدهد ولی این ربطی به ولایت او ندارد. و بالجمله منصب افتاء و قضاء برای فقیه ثابت است ولی منصب ولایت ثابت نیست.

قوله: مع انه: جواب دوم:

در جواب اول به این نتیجه رسیدیم که اصلاً این اخبار عمومیت ندارند و اختصاص به بیان وظیفه علماء از حیث احکام شرعی دارند. ولی در جواب دوم می گوئیم: بر فرض که عموم و اطلاق در ظاهر کلام وجود داشته باشد ولی ناگزیریم از این که این عمومات را بر همان جهت معهود و متعارف از وظیفه پیامبر حمل کنیم و بگوئیم: مراد وارث و خلیفه و امین بودن در این وظیفه است و آن تبلیغ احکام است که رسول به ما هورسول که پیک و

پیام آور است و امر و نهی خداوند را به بشر ابلاغ می‌کند و علماء در این جهت به منزله پیامبر و جانشین او هستند و وظیفه آنها ارشاد و تبلیغ احکام است. و دلیل این لزوم حمل آن است که اگر عام را به عمومش ابقاء کنیم مستلزم تخصیص اکثر می‌گردد که قبیح است و از مولای حکیم صادر نمی‌شود، و دلیل استلزام تخصیص اکثر آن است که موارد سلطنت فقیه بر اموال و انفس به مراتب کمتر از موارد عدم سلطنت او است (مثلاً موارد سلطنت اموال کسانی است که استقلال در تصرف ندارند و قاصراند ولی موارد عدم سلطنت در مورد حدود و دیات و بیع و طلاق و فسخ و... می‌باشد) بناچار باید تخصیص زده و حمل بر مورد مذکور کنیم.

(نکته: جا دارد کسی از مرحوم شیخ سؤال کند که این که فرمودید: موارد عدم سلطنت خیلی بیشتر است از کجا فرمودید؟ دلیل تان چیست؟ لابد از خارج این را مفروض و مسلم گرفته‌اید که فقیه ولایت مطلقه ندارد بعد طبق این اصل می‌فرمائید: موارد عدم سلطنت بیشتر است. و ظاهراً دلیل دیگری نیست و به قول خودتان ادله منحصر در اخبار است و اخبار هم که محل بحث است. خلاصه با قبول عمومیت اخبار وجهی برای این حمل نیست و استدلال به لزوم تخصیص اکثر هم صحیح نیست.)

و بالجمله: خلاصه کلام در بخش ولایت فقیه به معنای اول آن: ما دلیلی نداریم مبنی بر اینکه اطاعت فقیه مثل اطاعت امام علیه السلام واجب باشد و ولایت مطلقه داشته باشد و به جز مواردی که به دلیل خارج شده و استقلال در تصرف برای دیگران هم هست (مثل پدر و جد) در سایر موارد فقیه مثل امام باشد. اثبات این مطلب از خرط قتاد (و کندن خارهای درخت قتاد و خار دار با دست خالی از بالا به پائین که بسی مشکل است) هم مشکل تر است.

قوله: بقی الکلام:

و اما ولایت به معنای دومش: در بخش ولایت پیامبر و امام علیه السلام گفتیم که: امور و کارهایی وجود دارد که از مصالح عامه است و به عهده فرد خاصی نهاده نشده و در اینگونه از امور، دیگران استقلال در تصرف ندارند و حتماً باید به ائمه علیهم السلام رجوع کنند، و از آنان اجازه بگیرند و با اجازه آنان این کارها را انجام دهند، حال سؤال این است که: آیا در هر آنچه از کارها اذن امام علیه السلام معتبر بود و مشروعیت و صحت کار در گرو اذن امام بود و بر

مردم واجب بود به امام علیه السلام رجوع کنند در همه این امور در عصر غیبت اذن فقیه جامع شرائط معتبر است و مردم باید به او مراجعه کنند و تحت نظر او اقدام کنند؟ یا خیر، اذن فقیه معتبر نیست؟ آیا این قسم از ولایت برای فقیه وجود دارد و فقیه مختار است که اذن بدهد؟ یا این نحو از ولایت را هم ندارد و بکلی دست فقیه بسته است؟

قوله: و حیث ان:

مرحوم شیخ می فرماید: از آن رهگذر که موارد لزوم رجوع به امام و اذن گرفتن از امام و کارهایی که متوقف بر اذن امام است، ضابطه مند نیست و حدود آن تعیین نشده است، لازم است ابتداءً ضابطه کلی این موارد را ذکر کنیم: هر کاری که معروف است (در مقابل منکرات) و از مذاق شارع مقدس به دست آورده ایم که او راضی به ترک این کارها نیست و نمی خواهد این امور در جامعه زمین بماند و تعطیل شود اینگونه کارها به سه دسته تقسیم می شود:

۱- آنها که یقین داریم که وظیفه شخص خاص یا صنف و گروه خاص یا همگان است: اما وظیفه شخص خاص مثل پدر و جد پدری که تا آنها هستند نظارت بر مال فرزند صغیر به عهده آنها است و آنها ولایت دارند و نیازی به اذن گرفتن نیست. و اما وظیفه صنف خاص مثل فتوی دادن که وظیفه فقهای جامع شرائط است، و قضاوت کردن که وظیفه حکام شرع است. و اما وظیفه همگان، مثل امر به معروف و نهی از منکر کردن و دفاع از بیضه اسلام که بر هر فرد قادر واجب است. در اینگونه از کارها اذن پیامبر یا امام یا فقیه لازم نیست.

۲- کارهایی که یقیناً از شؤون و وظایف حاکم مسلمین و ولی امر است و در زمان امام علیه السلام باید با اذن او باشد مثل اجراء حدود و تعزیرات و تصرف در اموال قاصرین و... در زمان غیبت حتماً باید به اذن فقیه باشد (اگر این بخش از ولایت را بپذیریم) و یا تعطیل شود. (اگر این نحو از ولایت را هم برای فقیه قائل نشویم.)

۳- کارهایی که مشکوک است یعنی نمی دانیم که آیا در زمان حضور، انجام آنها موقوف به اذن امام است و بدون اذن امام نمی شود، و احتمال می دهیم اذن امام در آنجا معتبر باشد، حال به نحو شرط الوجود و الصّحة و الامتثال معتبر باشد (شرط واجب) یا به نحو شرط الوجوب معتبر باشد و در اصل وجوب آن کارها بر مردم اذن شرط باشد،

در این گونه از کارها در زمان غیبت مردم باید به فقیه مراجعه کنند (البته خوب بود جناب شیخ تفصیل داده و می فرمودند: اگر احتمال می دهیم که اذن شرط اصل وجوب باشد از اصالة البرائة استفاده می کنیم و اگر احتمال می دهیم که شرط واجب باشد جای احتیاط و وجوب رجوع است، منتها چون اطلاعات و عمومات بر وجوب رجوع هست و ذیلاً خواهد آمد لذا این تفصیل را نداده اند.)

قوله: ثم ان علم:

وظیفه مسلمانان روشن شد که در دو بخش اخیر باید به فقیه جامع شرائط مراجعه کنند و اما وظیفه فقیه: او اگر از ادله و منابع این قسم از ولایت را ثابت می کند و نظر فقهی اش آن است که فقیه لااقل این مقدار ولایت دارد که کارها تحت نظر او باشد و اختیار دارد که اگر صلاح دید اذن بدهد و گرنه اذن ندهد، و معتقد است که این کارها منوط به خصوص اذن امام علیه السلام یا نایب خاص او نیست، نایب عام یعنی فقیه عادل نیز چنین ولایتی دارد، در این صورت یا خودش متولی آن کار می شود و یا به دیگران اذن می دهد و آنها این کارها را انجام می دهند و اگر چنین ولایتی را هم برای خویش قائل نبود، آن کار را فعلاً تعطیل می کند و می گوید: باید این کارها زمین بماند تا امام زمان (عج) تشریف بیاورند. و اگر کسی بگوید: جامعه اسلامی از این مصالح و معروفها محروم می شوند، خواهیم گفت: مسلمانان از خیلی چیزها محرومند، بالاترین محرومیت آنان، محرومیت از حضور و ظهور امام معصوم علیه السلام است، همانطوری که از بالاترین نعمتها محرومند از این نیز محروم باشند.

قوله: و اما وجوب الرجوع:

به عقیده مرحوم شیخ ولایت به معنای دوّمش برای فقیه ثابت است و در اموری که در عصر حضور، اذن معصوم علیه السلام شرط بود، در عصر غیبت اذن فقیه شرط است و برای اثبات این مطلب به روایاتی چند تمسّک می کنند که در بخش ولایت به معنای اوّلش، این روایات را رد کردند و فرمودند: اصلاً این احادیث ربطی به ولایت ندارد و در مقام بیان وظیفه علماء نسبت به بیان احکام شرعیّه است،

اینجا است که به قول مرحوم ایروانی: لا وجه لما ذهب اليه المصنّف من التفصیل بین الامور المنوطة باذن الامام فيرجع فيها الى اذن الفقيه وبين الامور المختصّة بالامام فلا يبا شرها

الفقیه، و ذلك انّ أدلة النيابة ان عمّت عمّت كلتا الطائفتين و ان خصّت خصّت بالاحكام و خرجت عنها كلتا هما و قد صرح المصنف بالاختصاص و مع ذلك استدّل بها هنا^۱ به هر حال ادله مرحوم شیخ عبارتند از:

۱- روایت مقبوله که امام صادق علیه السلام فرمود: ائنی قد جعلته علیکم حاکماً^۲ یعنی من فقیه جامع شرائط را بر شما حاکم قرار دادم و او بر شما حکومت و ولایت دارد و از ناحیه من به این امر منصوب شده است. کیفیت استدلال این است که: فقیه عادل به برکت این روایت مثل نایب خاص پیامبر و امام علیه السلام است و مثل حاکم و فرماندار یا استانداری است که از سوی پیامبر یا امام علیه السلام نصب شده باشد و اداره منطقه‌ای به او واگذار شده باشد، و همانطوری که اصحاب و یاران رسول صلی الله علیه و آله و سلم و امام علیه السلام باید به او مراجعه کنند و نظر او در این کارها ملاک است، فقیه هم از ناحیه امام علیه السلام به عنوان حاکم منصوب گردیده پس مسلمانان وظیفه دارند در این کارها به او مراجعه کنند و نظر او را بخواهند، و اصولاً متبادر به ذهن از کلمه حاکم آن است که در امور عامّه و مصالحی که از شؤون حاکم سلطان است باید به او مراجعه کنند و قدر متیقّن همین است.

(خود شما قبلاً فرمودید که صدر این روایت قرینه می‌شود که این حدیث مربوط باب قضاوت است و منصب قضاوت هم که برای فقیه ثابت است و کلام در منصب ولایت است و حدیث ائنی قد جعلته علیکم حاکماً هم در مقام تعلیل است و اطلاق دارد و اگر به درد ولایت می‌خورد باید ولایت استقلالی را هم ثابت کند و گرنه باید از خیر ولایت غیر استقلالی هم بگذریم.)

۲- روایت امام حسین علیه السلام: مجاری الامور بید العلماء باللّه^۳ که مجاری امور (کارهایی که از شؤون مسلمین و جزء کارهای مسلمین و مصالح آنان است) به دست علماء است و ید کنایه از سلطنت است یعنی اختیار آن امور با عالمان باللّه است و همانطوری که اگر مالی در ید و سلطه شما است باید دیگران با طیب نفس شما تصرف کنند، هکذا در امور عامّه هم زمام امر به دست علماء است و دیگران باید به آنها مراجعه کنند و با صلاح دید آنان اقدام نمایند. پس این ولایت را فقیه دارد. (باز هم متبادر به ذهن این است که خود

۲. وسائل الشیعه، ج ۹۸ حدیث اوّل.

۱. حاشیه المکاسب، ص ۱۵۷.

۳. تحف العقول، ص ۲۳۸.

فقیه هم ولایت مطلقه دارد و بالمباشره حق دخالت و تصرف دارد، زیرا چیزی که در تحت ید و سلطنت شما است هم دیگران باید از شما اذن بگیرند و هم خود شما استقلال در تصرف دارید، نه اینکه شما مستقل در تصرف نباشید، پس این حدیث هم دلیل بر ولایت مطلقه می شود نه ولایت به معنای دوم آن.

۳- توقیع شریف که در کتابهای اکمال الدین شیخ صدوق^۱ و کتاب الغیبه شیخ طوسی^۲ و احتجاج طبرسی^۳ نقل شده است و این توقیع در جواب مسائل اسحاق بن یعقوب، از ناحیه مقدسه صادر شده و در جواب یکی از سؤالات حضرت چنین مرقوم فرمود اند: و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا فانهم حجّتی علیکم و انا حجّج الله.

کیفیت استدلال: امام علیه السلام به حکم توقیق شریف به شیعیانش دستور داده است که در حوادث واقعه واجب است به راویان حدیث (منظور فقهای جامع شرایط است نه هر راوی و لو عامی باشد) مراجعه کنید (امر دال بر وجوب است) و نظر آنان را جویا شوید و آنها اگر صلاح دانستند اقدام کنید و گرنه حق ندارید، و منظور از حوادث واقعه خصوص منازعات نیست که اگر دو نفر در امر مالی نزاع کردند باید به فقیه مراجعه کنند (گر چه این هم هست و به حکم مقبوله عمر بن حنظله و زبیده طرفین دعوا مراجعه به فقیه عادل است) و منظور از حوادث واقعه خصوص مسائل مستحدثه و اموری که مشتبّه الحکم باشد از قبیل استعمال دخانیات و... نیست (گر چه این هم هست و عموم کلمه حوادث واقعه آن را شامل است که مراجعه به فقیه می شود و حکم آن دانسته می شود). بلکه به حکم اینکه «الحوادث الواقعة» جمع با الف و لام و مفید عموم است و منظور از آن، مطلق حوادث و رویدادها و اموری است که در جوامع بشری پدید می آید و معمولاً در آن کارها آحاد جامعه مستقیماً دخالت نمی کنند و به خود اجازه دخالت نمی دهند و بلکه به رئیس و بزرگان قوم و رهبران جامعه مراجعه می کنند و به حکم عرف (سیره عقلاء) و عقل مستقل (عقل هر عاقلی مستقل است و کاری به اتفاق آراء ندارد تا

۱. اکمال الدین، ص ۴۸۴، باب ۴۵، حدیث ۴.

۲. کتاب الغیبه، ص ۲۹، فصل ۴، حدیث ۲۴۷.

۳. احتجاج طبرسی، ج ۲، ص ۲۸۳.

سیره شود) و نیز به حکم شارع مقدّس (که از حدیث مذکور و امثال آن مستفاد است) آن کار را به سران مملکت و زمامداران و والیان امور ارجاع می‌دهند. فی المثل برای تعیین قیم برای صغار، تعیین متولی برای اوقاف عامّه، تصرف در اموال قاصرین از قبیل غایب به غیبت منقطعه، سفیه، مجنون، صغیر، و... هرکس از پیش خود اقدام نمی‌کند و به صرف اینکه مصلحت دید، آن کارها را نمی‌کند بلکه نزد بزرگان قوم رفته و با هماهنگی و جلب رضایت آنان اقدام می‌کنند. حال در اینگونه امور که از امور عامّه و مصالح کلیّه و امور حسبیّه است به حکم توقیع شریف باید به فقیه مراجعه شود یعنی رأی و نظر او ملاک است. (البته عنوان «الحوادث الواقعه» طبق تفسیر شیخ اعظم که فرمود: مطلق الامور... خیلی وسیعتر است و منحصر به امور حسبیّه و اموری از قبیل تصرف در اموال صغار نیست، بلکه جمیع امور مربوطه به شؤون مسلمین اعمّ از حقوقی - جزائی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظامی را شامل می‌شود و جنگ و صلح و اقامه حدود و تعزیرات و اخذ مالیات برای اداره امور جامعه و... را نیز شامل است و باید گفت: توقیع شریف به خوبی بر ولایت مطلقه فقیه دلالت دارد، ولی معذک مرحوم شیخ در ادامه خواهند فرمود که: مسأله خالی از اشکال نیست.)

قوله: و اما تخصیصها:

کسانی که توقیع شریف را به خصوص مسائل شرعیّه و بیان احکام شرعیّه و مسائل مستحدثه منحصر کرده و اختصاص داده‌اند و مدّعی شده‌اند که این توقیع دلیل بر اثبات ولایت فقیه حتی به معنای ثانی نیست از جهاتی سخن اینان دور از حقیقت است، و سه جهت را ذیلاً می‌آوریم:

۱- امام علی(ع) فرمود: فارجعوا فیها و نفرمود: فارجعوا فی احکامها، یعنی منظور - وجوب رجوع در رابطه با حکم حوادث نیست تا مربوط به بیان حکم شرعی باشد، بلکه منظور وجوب رجوع به فقیه در رابطه با خود حادثه است و تقدیر گرفتن حکم خلاف اصل است و در خود حوادث به فقهاء رجوع کردن کنایه از این است که: آحاد مسلمانان در آن حادثه حق دخالت ندارد بلکه حتماً باید به اذن فقیه باشد و مشروعیت را با مراجعه به فقیه بدست می‌آورند.

۲- امام علی(ع) در مقام تعلیل فرمود: فانهم حجّتی علیکم... یعنی فلسفه وجوب رجوع

آن است که: فقیهان جامع شرائط حجّت من بر شما هستند. حال اگر منظور مراجعه درباره بیان احکام شرعی بود مناسبتر آن بود که امام علیه السلام بفرماید: فانّهم حجج الله یعنی عالمان دین حجّتهای الهی بر مردمان هستند چون احکام او را بیان کرده و بر مردم اتمام حجّت کرده و راه عذر را می بندند، کما اینکه در حدیث دیگر که سخن از بیان حکم شرعی بود فرمود: «الامناء علی حلاله و حرامه» یعنی فقیهان امینان الهی بر حلال و حرام او هستند و با حفظ امانت باید احکام الهی را به مردمان برسانند. ولی بجای حجج الله فرمود: فانّهم حجّتی یعنی اینان از جانب من حجّت هستند و من آنها را منصوب کرده ام، یعنی در اموری که اگر من حضور داشتم به من مراجعه می شد و رأی من ملاک بود و حرف آخر را من به عنوان ولی امر مسلمین می زدم، در این امور در عصر غیبت به فقیه عادل مراجعه کنید و رأی او ملاک است و با صلاح دید او حرکت کنید و واضح است که این امور همان مطلق اموری است که به حکم عقل و عرف و عادت و شرع به رهبران جامعه مراجعه می شود.

۳- اسحاق بن یعقوب در نامه اش می نویسد: اینها مسائلی است که بر من مشکل شده و سر در گم شده ام که به کی مراجعه می کنم؟ حال اگر منظور بیان احکام حوادث واقع بود و اینکه در رابطه با بیان حلال و حرام به فقهاء مراجعه کنید، که این امر مشکلی نبود و اسحاق را نگران نمی کرد زیرا از بدیهیات است و عقل هر عاقلی حکم می کند که جاهل به عالم رجوع کند و مریض به طبیب مراجعه کند و حکمش را پیاموزد، آنکه برای اسحاق مشکل شده بود این بود که در زمان غیبت حوادثی که پیش می آید به چه کسی باید پناهنده شد؟ آیا فرد یا گروه خاصی با مشخصاتی مرجع و ملجأ می باشند یا عنوان دیگری در کار است و امام علیه السلام فرمود: جای نگرانی نیست به راویان حدیث ما و عالمان دین مراجعه کنید. حاصل اینکه لفظ «الحوادث الواقعة» با وسعتی که دارد که تا دامنۀ قیامت را می تواند شامل شود و هر حادثه ای را در بر می گیرد، اختصاص به مسائل مستحدثه و مشتبّه الحکم و یا به منازعات ندارد. بلکه مطلق امور عامّه را شامل است.

قوله: ثُمَّ اِنْ النِّسْبَةِ:

ممکن کسی بگوید: ما در اینجا دو دسته عمومات داریم:

۱- توقیع شریف و مانند آن که در مطلق امور کذائی و حوادث واقع، رجوع به فقیه

عادل را واجب دانست و دلالت کرد بر اینکه فقیه ولایت دارد و امور عامه و مصالح عامه باید با اذن او انجام گیرد.

۲- عموماتی که می‌گوید: کُلّ معروف صدقه^۱ یا می‌گوید: عون الضعیف من الفضل الصدقه^۲ (یا می‌گوید: تعاونو اعلی البرو التقوی، ما علی المحسنین من سیل و...) یعنی هر معروفی و کار خوبی صدقه و احسان و نیکی کردن است و یا یاری و کمک کردن ضعیف و ناتوان از بالاترین صدقه‌ها و احسانها است و تر دیدی نیست که عقلاً و شرعاً احسان و نیکی کردن حَسَن و بایسته است و نیازی به اذن و اجازه ندارد پس به حکم این عمومات خود شارع مستقیماً در این امور (معروف، عون ضعیف و...) اذن داده و نیازی به اذن فقیه عادل نیست. و نسبت میان دو دسته مذکور از نسبت اربع عموم و خصوص من وجه است و هر کدام از جهتی عمومیت و از جهتی خصوصیت دارند،

حوادث واقعه اعم است از این که از امور حسبه باشد (مثل تصرف در اموال قاصرین) یا از این امور نباشد مثل قضاوت و فتوی دادن که شأن صنف خاصی است و از امور حسبه نیست. و معروف یا عون ضعیف هم اعم است از اینکه از امور حسبه و در این رابطه باشد یا از امور غیر حسبه باشد مثل مستحبات و واجبات کفائی و وظائف شخصی اعم از عبادی و معاملی آنگاه ماده افتراق از ناحیه دسته اول اموری از قبیل قضاوت در منازعات و فتوی در مشتهات به شبهه حکمیه است. و ماده افتراق دسته دوم از قبیل مستحبات و واجبات کفائی و هر معروفی است که از امور حسبه نباشد و ماده اجتماع هر دو عنوان، امور حسبه است که توقیع شریف می‌فرماید: این امور به حکم اینکه از حوادث واقعه می‌باشند باید به فقیه رجوع کرد، و دسته دوم می‌گویند: این امور به حکم معروف و عون ضعیف بودن نیازی به مراجعه به فقیه و اجازه گرفتن از او ندارند، آنگاه دو دلیل در ماده اجتماع تعارض و تساقط می‌کنند و در نتیجه توقیع و روایات دیگر دلیل بر ولایت فقیه به معنای ثانی هم نمی‌شوند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: درست است که دو دسته مذکور عام و خاص من وجه می‌باشند و لکن به دو بیان ثابت می‌کنیم: در امور حسبه مراجعه به فقیه و اذن گرفتن از او

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، حدیث ۵.

۲. وسائل الیقه، ج ۱۱، باب ۵۹، حدیث ۲.

لازم است و دیگران استقلال در تصرف ندارند.

بیان اوّل: توقیع شریف بر روایات معروف و عون ضعیف و... حکومت دارد (حکومت آن است که دلیل حاکم ناظر به دلیل محکوم بوده و در صدد تفسیر آن باشد و در موضوع دلیل محکوم تصرف کند، آنهم یا به نحو توسعه و یا تضییق) و حکومتش هم از نوع تضییق است به این بیان که: وقتی به حکم توقیع شریف در حوادث واقع رجوع به فقیه واجب بود و اطاعت از اولی الامر واجب بود، با این وصف اگر کسی مراجعه نکند و اذن نگیرد و مستقلاً اقدام کند اصلاً چنین چیزی معروف نیست تا مشمول (کل معروف صدقه) باشد، و نیز عون ضعیف نیست (بلکه ظلم به او است) تا مشمول (عون الضعیف من افضل الصدقة) باشد و تا موضوع درست نشود حکمی هم نیست.

بیان دوّم: بر فرض تنوّل از جواب قبلی و تسلیم در برابر سخن مستشکل که می‌گفت: این دو دسته در ماده اجتماع یعنی امور حسیّه تعارض و تساقط می‌کنند، ولی جواب دیگری داریم و آن اینکه پس از تعارض و تساقط دلیلین قاعده این است که: مرجع ما اصل باشد و اصلی که در ما نحن فیه جریان دارد اصل عدم مشروعیت است به این بیان که اگر دیگران این امور حسیّه را تحت نظر فقیه انجام دهند قطعاً مشروع و نافذ است و قدر متیقّن همین صورت است. ولی اگر استقلالاً اقدام کنند و بدون اذن این کارها را انجام دهند شک می‌کنیم که آیا این کارها مشروع و نافذ و صحیح است یا نه؟ اصل عدم مشروعیت است. باز بر می‌گردیم به لزوم اعتبار اذن فقیه در مشروعیت این کارها از دیگران.

پس در قدم اوّل از راه دلیل اجتهادی و در قدم دوّم از راه اصل عملی ولایت به معنای ثانی را برای فقیه اثبات کردیم و آن اینکه: فقیه حقّ اذن دادن دارد و دیگران در امور حسیّه باید به فقیه مراجعه کنند.

قوله: ولکن:

پس از اینهمه تلاش و کوشش برای اثبات ولایت فقیه به معنای دوّم می‌فرمایند: اصل مسأله ولایت فقیه چه به معنای اوّل (ولایت مطلقه) و چه به معنای دوّم، خالی از اشکال نیست، اگر چه حکم به ثبوت ولایت فقیه مشهوری یعنی منسوب به مشهور است.

قوله: فقد ظهر:

از مجموع مطالبی که در رابطه مقبوله و توقیع شریف و غیره آوردیم به این نتیجه می‌رسیم که قدر مسلم از ثبوت ولایت فقیه، در مورد کارهایی است که اصل مشروعیت آنها مسلم و مفروغ عنه است و شارع مقدس راضی به ترک و تعطیل آنها نیست به گونه‌ای که اگر هم فقیه جامع شرایط نباشد بر دیگران واجب کفایی است که آن کارها بکنند (یعنی همان امور حسبه از قبیل تصرف در اموال قاصرین). و اما کارهایی که مشروعیت آنها (و مطلوبیت ایجاد آنها در خارج بطور مطلق) مشکوک است مثل اقامه و اجرای حدود برای غیر امام علیه السلام و تزویج صغیر برای غیر پدر و جد (چون خود پدر و جد قطعاً ولایت دارند و ولایت غیر مشکوک است) و ولایت داشتن بر معامله اموال شخص غایب که فقیه آنها را بفروشد، یا معامله خیاری را فسخ کند و... (ولایت استقلالی) این قسم از ولایت که همان ولایت مطلقه است برای فقیه ثابت نیست و از ادله و اخبار مذکور مشروعیت اینگونه کارها برای فقیه مسلم نیست و اثبات نمی‌شود آری این قسم از ولایت برای امام معصوم علیه السلام به حکم ادله اربعه ثابت است و سابقاً آن ادله را ذکر کردیم ولی اثبات عموم نیابت فقیه از امام علیه السلام در جمیع شؤون حتی در ولایت مطلقه تشریعی کار آسانی نیست و از ادله این امر اثبات نمی‌شود.

قوله: و بالجملة:

چکیده بحثهای مذکور در رابطه با ولایت فقیه این است که: در باره ولایت فقیه دو مقام از بحث وجود دارد ۱- در خصوص کارهایی که اصل معروف بودن آنها و مشروعیت آنها و اذن شرعی درباره آنها (امور حسبه) مفروغ عنه است و بگونه‌ای است که اگر هم فقیه نباشد باید خود مردمان انجام دهد، در این امور با وجود فقیه، رأی او ملاک است و باید با اجازه او این کارها انجام بگیرد و در حقیقت اصل انجام کار قطعاً مشروع و مجاز است ولی خصوصیات و کم و کیف آن باید با رأی و نظر فقیه باشد و تا این اندازه فقیه ولایت دارد، مثلاً شخصی از دنیا رفته و ولی (ورثه او ولی او هستند) هم ندارد در اینجا اصل تجهیز میت امری معروف و محرز است و بر مسلمانان واجب است که به این امر اقدام کنند ولی خصوصیات این امر باید با رأی فقیه انجام بگیرد، یعنی غسل دهنده میت را فقیه باید معین کند، محل غسل را او باید معین کند، اینکه چه مقدار از ترکه او باید خرج

کَفَن و دفن او باشد باید بدست فقیه تعیین شود، و اینکه محل دفن او کجا باشد باید فقیه نظر بدهد. [شگفتا از مرحوم شیخ اعظم که توقیع شریف و حوادث واقعه را با وسعت دایره‌ای که دارد و از منطقه البروج هم وسیعتر است بر اینگونه امور جزئی تطبیق می‌کنند و دایره ولایت فقیه را به این امور محدود می‌کنند؟!]

۲- اما اینکه فقیه ولایت مطلقه داشته باشد و در رابطه با تصرف در فلان جان یا مال یا آبرو، ولایت داشته باشد و بتواند حد شرعی و غیره را اجزاء کند (تصرف در نفس) یا معامله خیاری فلان را فسخ کند (تصرف در مال) یا فلان صغیره را به عقد کسی در آورد یا زوجه کسی را طلاق دهد و... (تصرف در عرض) و بالجملة: همان اختیاری که امام معصوم داشت فقیه جامع شرائط داشته باشد، این گونه از ولایت و اختیارات از توقیع شریف و مانند آن از ادله عامه اثبات نمی‌شود [به بیانی که مبسوطاً گذشت]

قوله: وان کان:

البته در همین بخش هم اصل مشروعیت فلان تصرف مالی یا جانی یا آبرویی حتماً باید به فتوای فقیه باشد ولی این مشروعیت از ادله سابق [اخباری که برای ولایت فقیه به آنها استناد شد.] مستفاد نیست و نیازمند ادله خاصه است و فقیه باید در رابطه با هر یک از موارد مشکوک به ادله خاصه همان باب مراجعه کند و اگر از ادله خاصه ولایت داشتن و جواز و مشروعیت آن کار را فهمید (مثل امور حسیه از قبیل تصرف در مال یتیم و...) فتوی به جواز می‌دهد و خود مباشرة اقدام می‌کند یا بدیگری وکالت می‌دهد. و اگر از ادله خاصه باب استفاده کرد که او ولایت بر فلان کار ندارد و مشروعیت آن محرز نیست (مثل تزویج صغیر اگر از سوی غیر پدر و جد انجام پذیرد). فتوی به عدم جواز می‌دهد که نه خودش و نه دیگران ولو مصلحت بدانند حق اقدام ندارند. و در این امور یا باید تعطیل را برگزید و یا اگر ناگزیر از انجامش هستیم، باز از باب قدر متیقن جلب نظر فقیه لازم است.

قوله: نعم:

باز تاکید می‌کنیم اگر ادله نیابت عامه قابل قبول بود و بر نیابت عامه فقیه جامع شرائط در جمیع اختیارات، دلالت داشت مطلب حل بود و تصرف فقیه در مال خاص یا نفس و عرض خاص مشروع می‌شد ولی دیدیم که آن ادله چنین دلالتی نداشت و بر مناصب

دیگر فقیه [قضاء و افتاء] حمل شدند.

قوله: ثم آنه:

آخرین روایتی که در رابطه با ولایت فقیه مطرح می‌کنند، این است که: هم در زبان فقهاء مشهور شده و هم در برخی از کتب متداول شده که ما روایتی به این عنوان داریم: السلطان ولی من لا ولی له^۱ حال آیا این روایت دلیل بر ولایت فقیه می‌شود؟ قدر مسلم این است که: مراد از سلطان، سلطان جائز حاکم ستمگر و طاغوت نیست، چون شرع مقدس قطعاً به چنین کسی ولایت نداده و او را صاحب اختیار بر جان و مال مردم نکرده که هر گونه تمایلاتش ایجاب کرد، عمل کند. پس مراد از سلطان، سلطان عادل است ولی آیا فقیه عادل را هم شامل می‌شود یا خیر؟ مرحوم شیخ می‌فرماید:

اولاً باید ضعف سند یا مضمون را جبران کنیم تا قابل استدلال باشد (اما ضعف سند به خاطر مرسله بودن آن است که جبرانش بوسیله شهرت عملیه و عمل اصحاب است. و اما ضعف مضمون: محتمل است مراد از سلطان، سلطان به حق باشد یعنی کسی که به حق سلطان است و سلطنت حق او است و چنین کسی قدر مسلم، امام معصوم است و سلطنت فقیه عادل هنوز ثابت نشده تا سلطان به حق باشد، دفع این احتمال و جبران این ضعف، آنست که بگوییم: واژه سلطان اطلاق دارد و اختصاص به امام علیه السلام ندارد، فقیه را نیز شامل است. و اما آوردن کلمه «أو» که مفید تریدید می‌باشد، بدین منظور است که شیخ اعظم مردّد بوده که آیا این جمله متن حدیث است و عین الفاظ نقل شده پس باید سنداً جبران شود، یا نقل به معنی و مضمون شده پس باید مضمون اصلاح شود و منظور از آن معلوم شود).

ثانیاً پس از این جبرانه‌ها هم این حدیث به تنهایی نمی‌تواند دلیل بر ولایت فقیه باشد، بلکه نیاز دارد که از ادله عموم نیابت استفاه بکنیم (زیرا به فرموده مرحوم شهیدی^۲: شاید الف و لام در کلمه «السلطان» عوض از مضاف الیه محذوف «الله» باشد و منظور این باشد که: سلطان الله ولی کسانی است که ولی و سرپرستی ندارند و باز قدر متقین از سلطان اله امام معصوم است و فقیه عادل را شامل نیست، پس دلیل مستقلاً

۱. کنز العمال، ج ۱۶، ص ۳۰۹، حدیث ۴۴۴۳.

۲. هدایة الطالب، ص ۳۳۲.

نیست.) حال آیا از ادله عموم نیابت قابل استفاده است؟ شیخ می‌فرماید: آنچه از ادله و اخبار صلاحیت دلیل بودن را داشت قبلاً برای شما آوردیم (حدیث ورثه الانبیاء، خلفائی، امناء الرسل و...) و نیز همانجا بیان کردیم که دلالت این روایات بر ولایت فقیه، موهون است. و در اینجا به آن جوابهای قبلی اضافه می‌کنیم که: تازه این جوابها با قطع نظر از سند بود و گرنه اخبار مذکور از لحاظ سندی هم اشکالاتی دارند و قابل احتجاج نیستند. (مثلاً در سند برخی از آنها علی بن ابی حمزه بطنائی آمده که واقفی و فاسد المذهب بوده و...)

قوله: کما اعترف:

خوشبختانه ما در ادعای مذکور، تنها نیستیم، و مرحوم آقا جمال خوانساری صاحب حاشیه بر شرح لمعه نیز در باب خمس نخست اعتراف کرده به این که: معروف در میان اصحاب آن است که فقهاء نوأب امام علیه السلام هستند. ولی خود ایشان در دلالت دلیلهای بر این مطلب خدشه کرده است^۱ و نیز مرحوم محقق ثانی هم در رساله قاطعة اللجاج فی حل الخراج، در دلالت این اخبار تشکیک کرده، آنجا که این فرع را عنوان کرده که اگر امام علیه السلام حضور و ظهور پیدا کنند اجرت اراضی انفال را از مخافین می‌گیرند، ولی آیا فقیه هم چنین اختیاراتی دارد؟ محقق شبهه کرده به این دلیل که اصل عمومیت نیابت فقیه از امام علیه السلام مشکوک است^۲ مرحوم شیخ می‌فرماید: این شک بجا است و ما نیز در آنها شک کردیم.

قوله: ثم ان:

بر فرض به حکم حدیث مذکور، سلطان شامل فقیه عادل هم شود و او نیز ولایت داشته باشد اما بر چه کسانی ولایت دارد؟ دنباله حدیث فرموده «مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» یعنی سلطان ولی کسانی است که ولی و سرپرست ندارند، سؤال این است که: منظور از مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ کیانند؟ این جمله دو گروه را شامل است:

۱- کسانی که بالفعل ولی و سرپرست ندارد و اصلاً شأئیت ولی داشتن هم در آنها نیست مثل افراد بالغ و عاقل و کبیر و رشید که نیازی به قیم ندارند و امور زندگی را

خودشان عهده دار می شوند و به نحو احسن از عهده بر آیند،

۲- کسانی که فعلاً بی سرپرست هستند ولی شأن و موقعیت آنان ایجاب می کند که ولی داشته باشند (حال یا بر حسب شخص این شأنیت را دارند یعنی شخص خاص این گونه است، که این قسم مثالی ندارد، و یا به حسب صنف این گونه هستند مثل صنف بچه های صغیر، مجانین، قاصرین در اموالشان مثل غایبین، کسانی که از اداء دین خود امتناع می کنند، یا از اداء حقوق شرعی از قبیل خمس و زکات امتناع می کنند. کسانی که مریض و ناتوان هستند یا افرادی که در حال اغماء بسر می برند، یا میتی که ولی و وارث و صاحب ندارد و بی سرپرست است، و یا به حسب نوع این شأنیت را دارند مثل قاطبه مسلمانان که در اراضی مفتوحه عنوة تصرف دارند که ملک همه مسلمین است و رئیس مسلمین در این رابطه ولایت دارد، یا در اوقاف عامه ای که موقوف علیه خاصی ندارد، و از شأنش این است که متولی و سرپرستی داشته باشد و... و یا بر حسب جنس این شأنیت را دارند این نیز مثالی ندارد.) حال منظور از جمله مَنْ لا ولی له آیا مطلق افرادی است که فعلاً ولی ندارند، چه شأناً هم نداشته باشند یا شأنیت ولی داشتن را دارا باشند؟ یا خصوص گروه دوم است؟ پرواضح است که مراد دومی است زیرا اگر مراد مطلق افراد بود می فرمود: السلطان ولی کل احد (چه این که در روایات فرموده: علی ولی کل مؤمن و مؤمنه) متبادر از کلمه مَنْ لا ولی له، کسانی هستند که از شأن آنها این است که دارای سرپرست باشند ولی فعلاً ولی ندارند، سلطان ولی اینها است نه ولی و سرپرست همگان. پس باز هم ولایت مطلقه فقیه از این حدیث استفاده نمی شود همانگونه که از توقیع شریف استفاده نشد.

قوله: لکن یستفاد:

ولی مرسله مذکور (السلطان ولی...) با توقیع شریف یک فرق عمده دارد و آن اینکه: توقیع شریف در خصوص کارهایی که اصل مشروعیت آنها از خارج مسلم بود و از امور حسیه بودند و اگر فقیه هم نبود آحاد مؤمنان می بایستی انجام می دادند، تنها در این بخش برای فقیه ولایت به معنای دوم را اثبات می کرد، و به درد موارد مشکوک که اصل مشروعیت آنها محرز نشده بود (مثل جواز تزویج صغیره و...) نمی خورد، ولی مرسله مذکور می فرماید: سلطان بر این گروههایی که نیاز به سرپرست دارند ولایت دارد و بیان

نکرده که در چه امری از امور آنها ولایت دارد، حذف متعلق مفید عموم است یعنی در جمیع امور و شؤون مربوطه به آنان ولایت دارد می تواند اموال آنها را مورد بیع و شراء قرار دهد، صغیره را تزویج کند و دقیقاً مثل پدر و جدّ باشد که این اختیارات را در مال طفل داشتند، آنگاه با خود این حدیث، مشروعیّت موارد مشکوک (در توقیع) احراز و اثبات می شود.

قوله: نعم لیس له:

مرسله مذکور از جهتی که بیان کردیم اعمّ از توقیع بود ولی از جهتی هم اخصّ است و آن اینکه: سلطان که بر اصناف مذکور ولایت دارد آیا مطلقاً حق دخل و تصرف دارد چه به مصلحت آنها باشد و چه نباشد؟ یا فقط با رعایت مصلحت حق دارد؟ ممکن است از کلمه ولی این معنا به ذهن بیاید که: او مختار است و حقّ تصرف دارد چه مصلحت داشته باشد یا نه. ولی مرحوم شیخ می فرمایند: حتماً باید با مراعات مصلحت باشد و بدون آن تصرّفش نافذ نیست بدلیل اینکه در بخش منفی فرمود: من لاولی له و کلمه له با لام آمده و لام برای انتفاع است یعنی کسانی که ولی کذائی ندارد که له آنها و به نفع آنان کار کند، به قرینه مقابله در بخش مثبت هم که فرمود: «السلطان ولی» منظور ولی له است یعنی باید اینگونه باشد و کاری بکند که به نفع طفل و مجنون و غیره باشد وگرنه تصرّفش نافذ نیست. و قرینه دیگر اینکه: ما گفتیم: من لاولی له مخصوص کسانی است که شأنیّت ولی داشتن را دارند و واضح است که چون خودشان نفع و ضرر را تشخیص نمی دهند ولی می خواهند، از اینجا می فهمیم که سلطان باید این جهات را لحاظ کند.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه تعبیر به کلمه له یا علیه در اینگونه موارد مبین منفعت و ضرر و به نفع کسی یا به ضرر دیگری بودن نیست. بلکه در مقام بیان اصل ولایت داشتن است و اما اینکه باید با رعایت مصلحت کار کند یا لازم نیست؟ اینها را از خارج و ادله دیگر می فهمیم. (کما اینکه در ولایت پدر و جدّ هم پس از اثبات ولایت آنان بر طفل این بحث مطرح شد که باید به مصلحت کار کند؟ یا به مفسده هم بود مانعی ندارد؟ یا عدم مفسده معتبر است ولو مصلحتی نباشد؟)

مسأله ولایت عدولِ مؤمنین

از جمله اولیاء تصرف، پدر یا جد پدری یا وصی آندو بود که نسبت به خصوص اموال طفل صغیر ولایت داشتند و در مسأله اسبق ذکر شد. و از جمله اولیاء تصرف، پیامبر و امام علیه السلام و نایب خاص آندو و نایب عام امام یعنی فقیه جامع الشرائط بود که در مسأله سابق بیان شد. و از جمله اولیاء تصرف، عدول مؤمنین می باشند که در این مسأله مطرح است:

ضابطه مسأله: بطور کلی هر کاری که از امور حسیّه باشد (یعنی اصل وجود آن در خارج در تحت هر شرائطی مطلوب شارع باشد و به هیچ وجه راضی به ترک و تعطیل آن نباشد از قبیل تجهیز میت، تصرف در اموال قاصرین و... که اصل معروف بودن و مطلوب بودن آنها از ناحیه شارع مقدّس مفروغ عنه است.) و در فرض وجود فقیه عادل و تمکّن مکلف از وصول به فقیه عادل، اذن فقیه شرط است و حتماً باید تحت نظارت او این کارها انجام شود، در جمیع این کارها اگر فقیه متعذّر الوصول شد و به هر دلیل مؤمنین به او دسترسی نداشتند، نوبت به عدول مؤمنان می رسد و برای آنان تولی و سرپرستی این کارها جایز و مشروع می شود (البته فعلاً تعبیر به آحاد مؤمنین دارند و در ادامه روشن خواهد شد که خصوص مؤمنان عادل چنین مجوزی دارند و با امکان تولیت عدول، نوبت به فسّاق نمی رسد).

دلیل ولایت داشتن عدول مؤمنین: از طرفی فرض بر اینست که این امور حسیّه مطلقاً و در هر شرائطی مطلوب شارع می باشند. از طرفی هم این افعال و کارها به فرد یا گروه خاصی اضافه نشده و شارع نفرموده که باید تصرف در اموال قاصرین را فلانی انجام دهد، باید تجهیز میت را فلان دسته انجام دهند، بلکه ادله اطلاق دارند. نتیجه دو مطلب مذکور آنست که: پس آحاد مؤمنین با شرائطی که خواهد آمد (عادل باشند، مراعات مصلحت کنند و...) تولیت دارند و باید این کارها را انجام دهند.

قوله: و اعتبار:

اگر کسی بگوید: نظارت فقیه در این کارها شرط و معتبر است و باید تحت نظر او باشد، پس آحاد مؤمنان چنین تولیتی ندارند و در فرض تعذّر فقیه هم، تصرف آنها مشروع

نیست. مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: در فرض تعدّر فقیه (که مفروض بحث ما است) شرط بودن اذن فقیه و نظارت او ساقط می‌شود و در چنین فرضی اصلاً اذن شرط نیست.

قوله: وکونه:

اگر کسی بگوید: شرط بودن اذن فقیه به دو نحو متصور است: ۱- مطلقاً شرط باشد یعنی چه در فرض تمکن و حال اختیار و چه در فرض تعدّر و حال اضطرار و عدم دسترسی به فقیه، در هر حال باید اذن او باشد وگرنه تصرف دیگران نافذ نیست. ۲- فقط در حال اختیار شرط باشد و در حال تعدّر اذن او شرط نباشد. حال شاید اشتراط و اعتبار اذن فقیه از قسم اول باشد و در همه حال معتبر باشد و در نتیجه در فرض تعدّر هم شرط است و چون قابل تحصیل نیست پس مشروط هم منتفی می‌شود که مشروعیت و جواز تصرف باشد (اذا انتفى الشرط انتفى المشروط) در نتیجه عدول مؤمنین ولایت ندارد و در هیچ شرائطی تصرف آنها مشروع نیست.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: این احتمال که اذن فقیه مطلقاً شرط باشد حتی در حال تعدّر و در نتیجه با نبود فقیه آن کارها باید تعطیل شود، بر خلاف مفروض بحث ما است: زیرا از اول فرض را بر این گذاشتیم که این کارها از امور حسبه است و مطلقاً مطلوب شارع است و تحت هیچ شرائطی نباید تعطیل شود، آنگاه قول شما مخالف این فرض و نقض غرض است پس نمی‌توانیم بگوییم: اذن فقیه مطلقاً شرط است، آری در فرض تمکن از فقیه، اذن و نظارت او شرط است و در فرض تعدّر این شرط ساقط است.

قوله: نعم لو احتمل:

دو اشکال قبلی بر این اساس بود که: اصل معروف بودن و مشروعیت داشتن و مطلوب بودن این کارها در هر زمان و مکانی مفروغ عنه بود ولی سخن از این بود که آحاد مؤمنان می‌توانند تولیت آنها را به عهده بگیرند یا نه؟ اذن فقیه لازم است یا نه؟ ولی مطلبی که در این تبطره مطرح است اینکه: اگر ما احتمال دادیم که اذن فقیه در اصل مطلوبیت و معروف بودن این کارها دخیل باشد و اساساً مطلوبیت این کارها مختص به فقیه یا امام علیه السلام باشد و اینها باید مباشرة یا از راه نایب گرفتن، این کارها را بکنند و اصلاً نسبت به دیگران این کارها مطلوب نباشد، اینجا است که در اصل مشروعیت و جواز تولی

عدول مؤمنان، شک می‌کنیم و از اصل عدم مشروعیت و عدم ولایت احدی بر دیگران استفاده می‌کنیم و می‌گوییم: این تصرفات اگر از غیر فقیه و امام صادر شود مشروعیت نداشته و نافذ نیست و چه بسا شخص متصرف ضامن هم می‌شود (اگر تصرف مالی کرده)

نظیر بعضی از مراتب نهی از منکر: می‌دانیم که نهی از منکر سه مرتبه کلی دارد:

۱- انکار قلبی

۲- انکار لسانی یعنی به زبان نهی از منکر کند و جلوی منکر را بگیرد.

۳- انکار به ید، یعنی عملاً وارد میدان شده و اقدام عملی و باز دارنده انجام دهد و جلو منکر را بگیرد و در این مرتبه نوبت به صَرْز و جرح نیز می‌رسد یعنی باکتک زدن و حتی جراحت وارد کردن، طرف را مجبور به ترک منکرات بسازد. حال آیا مؤمنین و مؤمنات اولیای یکدیگر هستند و یکدیگر را امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند مطلقاً یعنی حتی اگر به درجه ضرب و جرح برسد؟ خیر اطلاق نهی از منکر این مرتبه را شامل نیست اگر بنا باشد هر کس بخواهد به عنوان نهی از منکر دیگران را مضروب و مجروح بسازد سنگ روی سنگ بند نمی‌شود و هرج مرج و اختلاف پدید می‌آید که صد بار مفسده‌اش از یک مُنکَر شخصی بیشتر است.

بر فرض شک در وجوب این مرتبه، از اصل عدم وجوب و بلکه از اصل عدم جواز ضرب و جرح استفاده می‌کنیم زیرا این کارها اضرار به غیر، ایذاء الغیر، تعدی و تجاوز به غیر است و قطعاً این عناوین حرام هستند. آری این مرتبه در شأن حاکم مسلمین و والی است که اگر مصلحت دید متوسّل به زور شود و با ضرب و جرح [یا سلسله مراتبی که دارد که از پائین‌تر و کمتر شروع می‌شود و در صورت ضرورت به مراتب بالاتر هم می‌رسد]. جلو منکر را می‌گیرد. [البته مرحوم شیخ از تبصره مذکور جوابی نمی‌دهند ولی منظورشان روشن است که چنین احتمالی مخصوص همان بعضی مراتب نهی از منکر و مانند آن است و گر نه در نوع موارد از قبیل دفع ضرورت یتیم، تجهیز میت و... اصل مطلوبیت مفروغ عنه است و مشروط به اذن فقیه یا امام نیست و خدا اذن داده است، منتهی در فرض تمکن باید اجازه بگیریم و در فرض تعدّر آحاد مؤمنان بدان قیام می‌کنند.]

قوله: قال الشہید:

مرحوم شہید اوّل در کتاب قواعدش فراز جالبی دارد کہ در اینجا نقل و تکمیل می‌کنیم: ایشان فرموده: در فرض نبود حکام [منظور فقہاء جامع شرائط هستند کہ در روایت آمده: العلماء حکام علی الناس]^۱ آحاد مؤمنان می‌توانند آحاد تصرفاتِ حکمی (یعنی تصرفاتی کہ دارای حکمت و مصلحت باشد) را بہ عہدہ بگیرند و انجام دهند. و تصرف مصلحت دار مانند دفع ضرورت یتیم است کہ اگر بیمار یا گرسنہ است یا نیاز مبرم بہ پوشاک و سایر لوازم ضروری زندگی دارد، دیگران می‌توانند در حقّ وی پدری کردہ و از مایملک خود او، این نیازهای ضروری اولیہ را تامین کنند.

دلیل جواز تصرفات مصلحت دار، عبارتست از یک سلسلہ عمومات از قبیل: عموم آیہ شریفہ «تعاونوا علی البرّ والتقوی»^۲ کہ تصرفات مصلحت دار ہم مصداقی از مصادیق اعانت بر برّ و تقوی است و بہ حکم آیہ بر ہمگان واجب است. اطلاق حدیث شریف «اللہ تعالیٰ فی عون العبد ماکان العبد فی عون اخیه»^۳ و بی تردید دفع ضرورت یتیم و سایر تصرفات حکیمانہ در مال او عونّ و یاری برادر دینی است و مطلوب است. و عموم حدیث شریف «کل معروف صدقہ»^۴ کہ این گونه کارها ہم معروف است و ہر معروفی صدقہ و احسان است و از ہر کسی صادر شود پسندیدہ است.

سپس مرحوم شہید فرمودہ: در فرض تعدّر فقیہ اگر فرد یا افرادی امتناع کردند و حقوق واجب مالی خود را نپرداختند یعنی زکات یا خمس اموالشان را ندادند، آیا آحاد مؤمنین حق دارند بہ اجبار از اینان خمس و زکات را اخذ کردہ و در میان مستحقّین این حقوق (مستحقّین زکات ہشت گروہ می‌باشند و مستحقّین خمس ہم خدا و رسول و امام علیؑ و سہ گروہ از سادات می‌باشند) توزیع نمایند یا خیر؟ و نیز آیا سایر وظائف حکام و ولایت امر (فقیہ جامع الشرائط) از قبیل تزویج صغیرہ، تجهیز میت و.... یا از قبیل اقامہ حدود و تعزیرات و....، برای آحاد مؤمنان ثابت است و اینہامی توانند در فرض تعدّر، آن امور را متولی شوند یا خیر؟ (البتہ بہ جز اموری کہ متعلّق بہ دعاوی و منازعات

۱. قبلاً آدرس ذکر شد. ۲. سورہ مائدہ / ۳.

۳. وسائل الشیعہ، ج ۱۱، ص ۵۸۹، باب ۲۹، حدیث دوم.

۴. وسائل الشیعہ، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث دوم.

است که به حکم ادله خاصه فقط حاکم شرع حق دخالت دارد و طرفین باید به او مراجعه کنند.)

مرحوم شهید می فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد: ۱- وجه جواز ۲- وجه عدم جواز، اما وجه جواز: دو دلیل می آورند: ۱- همان عمومات و اطلاقاتی که ذکر شد، اموری از قبیل اخذ خمس و زکات و... را نیز شامل می باشند زیرا این کارها هم اعانت بر برّ و تقوی است، عون اخیه است، معروف است و... .

۲- اگر بگوییم: دخل و تصرف آحاد مؤمنان در اینگونه از امور، ممنوع می باشد تالی فاسد دارد و لازمه اش این است که مصالح مهمّ مصرف این حقوق مالی (از قبیل رفع فقر و پر کردن خلاءهای اجتماعی و فاصله های طبقاتی و...) فوت می شود و این مصالح مطلوب خداوند است و ما حق نداریم آنها را تفویت کنیم، پس وجهی برای ممنوعیت از دخالت در این امور نیست. سپس مرحوم شهید در تأیید دلیل دوم، سخنی از بعض العاّمه نقل می کنند که گفته اند: قیام و اقدام به مصالح مهمّی از قبیل اخذ حقوق مالی و غیره خیلی مهمتر از آن است که ما دست روی دست بگذاریم و اقدامی نکنیم و این اموال خمس و زکاتی در دست ظلمه و ستمگران (خود مالک ها که ممانعت می کنند و نمی دهند) بماند و آنان حیف و میل کنند و هرطوری که خواستند دخل و تصرف نمایند، یا اصلاً حق مالی خود را نپردازند و یا به اطرافیان و بستگان و منسوبین بدهند و میان نور چشمی ها تقسیم بکنند.

سپس شهید فرموده: آحاد مؤمنان که خمس و زکات را گرفتند اگر در زمان حضور بسر می برند و متوقع و منتظر هستند که به زودی امام یا نماینده امام را می بینند و این اموال را به او تسلیم می کنند حتماً باید همین کار را بکنند یعنی آنها را حفظ کرده و به ولیّ امر بدهند، و اگر در زمان غیبت بسر می برند و چنین توقع و انتظاری ندارند حتماً باید به فوریت این اموال را به مصارف واقعی اش برسانند و به اهلش بدهند، چرا که إبقاء و نگهداری این اموال نزد خودشان باعث خسارت و محرومیت مستحقین این اموال می شود با توجه به نیاز مبرمی که دارند.

سپس شهید فرموده: اگر کسی بر مالی از اموال غصبی ظفر یافت در فقه شیعه باید آن را برای صاحبش حفظ و نگاهداری کند و اگر از دسترسی به صاحب مال مأیوس شد،

از طرف مالک واقعی صدقه دهد. و در فقه عامّه چنین مالی در مصارف عامّه باید مصرف شود. پایان سخن شهید اوّل ره^۱.

مرحوم شیخ برای دفع توهم می فرماید: جمله «فان توقع امام...» دنبال کلام بعضی العامّه نیست بلکه دنبال کلام خود شهید است. سپس می فرماید: سخنان شهید تماماً نیکو است، جز اینکه فرمودند: «و جهان» و وجه اوّل را که جواز بود با دو دلیل ذکر کردند ولی وجه دوّم یعنی عدم جواز را بیان نکردند ولی ما بیان می کنیم: شاید وجه عدم جواز این باشد که: به صرف اینکه این امور [اخذ اخماس و زکوات و سایر وظایف حاکم] از جمله معروفها هستند [با اعانت بر برّ و تقوی و عون اخیه هستند] موجب نمی شود که: هرکسی بتواند در آنها دخالت کند و وجود امام یا نایب امام علیه السلام در آنها شرط نباشد، بلکه ای چه بسا معروفهایی که نیازمند به وجود امام یا نایب او است، مثلاً قطع دعاوی، حلّ منازعات و نیز اقامه حدود الهی در جامعه قطعاً معروف است ولی معذلک به عهده حاکم است نه دیگران، یا مثلاً تصرف در اموال طفل صغیر و تجارت با مال او در فرض وجود مصلحت، قطعاً کار معروفی است ولی با وجود پدر و جدّ، نوبت به دیگران نمی رسد و آنان حقّ اینگونه تصرفات را ندارند. و لذا احتمال می دهیم که اخذ خمس و زکات و غیره نیز از این قبیل باشد و در نتیجه برای دیگران اخذ و توزیع آن جایز نباشد. این وجه عدم جواز است.

قوله: نعم:

البته دو مورد را + تبصره زده و خارج می کنیم در آنها هر فردی از مؤمنات حقّ تصرف دارد:

۱- اگر معروف از اموری باشد که عقل هر عاقلی مستقّل به حسن آن است آنهم مطلقاً یعنی مخصوص امام یا نایب امام نیست، بلکه از هرکس صادر شود بایسته است مثلاً جان یتیم در خطر است و برای حفظ او از هلاکت مقداری از مالش را برای خود او خرج می کنیم که چون واجب اهمّ در میان است، حرام مهمّ یعنی تصرف در مال دیگری بدون اذن مالک به فعلیّت نمی رسد و باید حفظ جان یتیم کنیم و در این صورت به اندازه

دفع ضرورت، می‌توانیم از مال طفل برای خود او مصرف کنیم.

۲- از خود اطلاق و عموم ادله در مواردی بدست آوریم که: تصدّی فلان کار برای هر مؤمنی جایز است و تنها در فرض تمکن از امام علیه السلام یا فقیه عادل باید به او مراجعه کرد وگرنه در غیر این صورت حتماً باید دیگران آن را انجام دهند، مثل تجهیز میّت، باز تولیت این کار جایز و تصرف در مال میّت برای تجهیز او صحیح است.

ولی اینها موارد خاصی است وگرنه مجرد اینکه فلان کار معروف است یعنی مصلحت دارد باعث نمی‌شود که اصل اساسی عدم ولایت هیچکس بر جان و مال دیگران، توسط ادله معروف تقیید شود. بلکه این اصل در جای خود محفوظ، و آن ادله نیز محفوظ است ولی باید با اذن حاکم شرع باشد.

قوله: وللهذا:

شاهدی است برای اینکه مجرد معروف بودن یک تصرف کافی نیست و ادله عدم ولایت (لا یحلّ مال امرء مسلم الا بطیب نفسه، لا یجوز لاحدان یتصرّف فی مال اخیه الا باذنه، الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم و...) بدین وسیله تقیید نمی‌شود. شاهدش این است که: اگر فضولی بر مال کسی عقدی را اجراء کند و این عقد هم معروف یعنی دارای مصلحت باشد و به نفع معقود له باشد، آیا به صرف معروفیت، چنین عقدی لازم می‌گردد و مالک اصلی حقّ فسخ ندارد؟ هرگز، عقد فضولی همیشه منوط به اجازه مالک است و از ادله معروف استفاده نمی‌شود که فضولی بر معقود علیه (مالک اصلی) ولایت دارد و معامله‌اش لازم می‌باشد. زیرا موضوع این ادله «معروف» است و معروف یعنی تصرفی که از طرف مالک اصلی یا به حکم عقل مستقلّ و یا به حکم شارع مقدّس مأذونّ فیه باشد [مثل وکیل که از ناحیه مالک اصلی مأذون است یا حفظ جان یتیم از هلاکت و تصرف در مال او بدین منظور، که عقل مستقلّ به جواز و اذن است. و مثل تجهیز میّت و... که از ناحیه شارع مجاز شده] آنهم معروف بودنش به معنای مذکور، توسط خود ادله معروف مشخص نمی‌شود و از خارج باید بیان شود، زیرا این ادله تنها کبرای کلی را بیان می‌کند که: کلّ معروف صدقه و... اما بیان صغری و مصداق معروف، مربوط به این عموماً نیست، این ادله تنها حکم را بیان می‌کند و بیان موضوع به اینها مربوط نیست بلکه از خارج به طریق علم یا علمی یا اصل عملی باید احراز شود و تمسّک به خود این

ادلّه برای اثبات اینکه فلان کار معروف و مأذون فیه است از قبیل تمسّک به عام در شبهه موضوعیه است که صحیح نیست. و بر فضولی هم عنوان معروف به معنای مذکور صادق نیست تا حکمش از ادلّه معروف بدست آید.

قوله: و بالجمله:

غیر حاکم بخواهد در امری از امور دخالت و تصرّف کند حتماً باید یا نصّ عقلی بر جواز و مشروعیت آن باشد (مثل تصرّف برای دفع ضرورت یتیم) و یا دلیل عام شرعی بر جواز آنها برای مؤمنان دلالت کند مثل عموماً اعانت بر برّ و تقوی و عموماً معروف و... و یا دلیل خاص شرعی که در مورد خاصّی وارد شده است بر جواز دلالت کند. مثل ادلّه تجهیز میت که اگر میتی ولی ندارد و حاکم هم متعذّر است حتماً باید دیگران این امور را به عهده بگیرند.

(نسبت به جواز اخذ اخماس و زکوات و سایر وظائف حاکم، دلیلی بر مشروعیت آنها نسبت به مؤمنان یافت نشد و تکلیف عموماً ادلّه معروف هم که روشن شد. و لذا باید حکم به عدم جواز اخذ کرد و این است نتیجه وجه عدم جواز که مرحوم شهید متعرض نشد.)

قوله: فافهم:

مرحوم شهیدی در وجه آن چنین فرموده: هذا مبني على كون المراد من المعروف ما ذكره الشيخ ره من التصرف المأذون فيه... وهو ممكن المنع بل المراد منه ما كان معروفاً بمعنى الحسن عرفاً قبال المنكر كذلك لا بمعنى صرف ذي الصلاح، وهو متحقق في المقام فيكون من جملة ما يندرج تحت تلك الادلة الدالة على الاذن في التصرف لكل احد فتنهض للتعليق...^۱ و در ادامه همان صفحه فرموده: مراد از معروف حسن عرفی است در قبال قبیح عرفی نه اینکه مراد حسن و جایز شرعی باشد یا مراد ذي الصلاح و الفائدة باشد.^۲

قوله: بقى الكلام:

اصل ولایت آحاد مؤمنان در فرض تعذّر حاکم شرع، فی الجملة مسلم شد و اموری که با

وجود حاکم از وظایف او بود همان امور با تعذر حاکم، از وظایف مؤمنین است و نباید تعطیل شود (با این فرق که شیخ اعظم اموری را که فقیه بر آنها ولایت داشت و عند التعذر آحاد مؤمنان ولایت پیدا می‌کنند، محدود به امور حسیّه کرد. و مرحوم شهید دایره بحث را به کلیّه وظایف حاکم از قبیل اخذ اخماس و زکوات و غیره توسعه دادند، و ولایت فقیه را مطلقه دانستند) ولی سخن در این است که آیا در آن مؤمنی که با فرض تعذر حاکم، این امور و مصالح را متولّی می‌شود و در آنها تصرف می‌کند، حتماً باید مؤمن عادل باشد و عدالت در او شرط است؟ یا عدالت شرط نیست و مؤمن فاسق یا مجهول الفسق و العدل هم ولایت دارد؟

ظاهر فتاوی اکثر فقهاء آن است که عدالت شرط است و تنها عدول مؤمنین ولایت دارند، زیرا در عنوان مسأله می‌گویند: فی ولایة عدول المؤمنین (خود شیخ اعظم نیز همین عنوان را داشت) و قید عادل بودن را می‌آورند، و اصل در قیود هم احترازیّت است یعنی بدین وسیله غیر عدول را خارج کرد و آنان ولایت ندارند. و نیز مقتضای اصل هم اشتراط عدالت است، زیرا اصل اوّلی آن است که هیچکس بر جان و مال و عرض هیچ کس دیگر ولایت ندارد و اثبات ولایت برای فرد یا گروهی بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشند باید به قدر متیقّن اکتفا کرد و قدر متیقّن آن است که: تنها عدول مؤمنین ولایت دارند نه فسّاق از مؤمنین.

قوله: و یمکن:

مضافاً به اینکه ظاهر عنوان مسأله قرینه بر اشتراط عدالت بود و مضافاً به اینکه مقتضای اصل لزوم مراعات عدالت بود، از برخی روایات هم می‌توان برای لزوم عدالت استفاده کرد. و آن صحیحه محمد بن اسماعیل است: مردی از شیعیان از دنیا رفته و وصیّت نکرده (وصیّ تعیین نکرده) اطرافیان قضیه را به نزد قاضی کوفه (که قاضی جور بوده و از ناحیه خلفاء جور منصوب شده بود) بردند تا تعیین تکلیف شود. قاضی کوفه هم آقای عبد الحمید بن سالم کوفی را به عنوان قیّم بر اموال آن مرحوم، تعیین کرده ضمناً مردی که مرده بود از خود چندین فرزند صغیر و خُردسال و مقداری متاع و جنس و چندین جاریه و کنیز بجای گذاشته بود و اینها ترکّه او محسوب می‌شدند. و آقای عبد الحمید پس از انتخاب از سوی قاضی کوفه به عنوان قیّم، مشغول رتق و فتق امور شد و متاع آن

مرد را فروخت، تا رسید به کنیزکان آن مرد و وقتی خواست اینها را هم بفروشد دلش لرزید و خیلی ترسید از اینکه آنها را بفروشد (چون از طرف خود میّت که به عنوان قِیم و وصی انتخاب نشده بود تا نگران نباشد، از طرف قاضی حکومت جور انتخاب شده بود و عزل و نصب او مورد قبول شارع نیست). و علت ترس هم این بود که: کنیزها فروج هستند یعنی مسأله عَرَضِی مطرح است و شارع مقدس در آنها امر به احتیاط کرده [در اموال و نفوس و اعراض هر سه حکم به احتیاط کرده ولی بویژه در جان و آبرو] راوی می‌گوید: من جریان را به عرض امام باقر علیه السلام رساندم و از حضرتش حکم مسأله را پرسیدم، حضرت فرمود: اذا كان القِیم به مثلك و مثل عبد الحمید فلا بأس.^۱

کیفیت استدلال: اینکه امام علیه السلام فرمود: اگر قِیم بر اموال صغار امثال تو (محمد بن اسماعیل) و عبد الحمید باشند، منظور از مماثلت، مماثلت در چه چیز است؟ آندو چه خصوصیتی داشتند که مماثلت در آن جهت منظور باشد؟ چهار احتمال موجود است:

۱- مراد مماثلت در ایمان و تشیع باشد یعنی محمد بن اسماعیل و عبد الحمید شیعه اثنی عشری بودند و هر کس مثل آنان باشد یعنی شیعه مذهب باشد می‌تواند قِیم شود، چه امین و عادل و فقیه باشد یا نه؟

۲- منظور مماثلت در وثاقت و امانت باشد یعنی شما دو نفر امین هستید و خیانت و حیف و میل نمی‌کنید و با کمال دقت مصلحت یتیم را ملاحظه می‌کنید، و هر کس مثل شما امین و ثقة و مورد اطمینان باشد می‌تواند قِیم باشد. (میان شیعه بودن و مورد وثوق بودن عموم و خصوص من وجه است و موثق بودن اعمّ از این است که شیعی باشد یا نه چه اینکه شیعه بودن اعمّ از ثقة و امین بودن است.)

۳- منظور مماثلت در فقاهاست یعنی شما دو نفر چون فقیه هستید می‌توانید قِیم باشید و هر کس مثل شما فقیه باشد قِیم بودن او بلامانع است (فقیه بودن از دو عنوان قبلی اخصّ است.)

۴- منظور مماثلت در عدالت باشد یعنی شما دو نفر چون عادل هستید باکی نیست که قِیم باشید و هر کس مثل شما عادل باشد می‌تواند قِیم شود وگرنه نه.
از چهار احتمال مذکور، احتمال سوّم (مماثلت در فقاهاست) مردود است زیرا اگر

مراد این احتمال باشد منطوق جمله شرطیه این است که: اگر قِیم فقیه باشد مانعی ندارد، آنگاه مفهوم جمله مذکور این است که: اگر فقیه قِیم نباشد محلّ اشکال است و این مفهوم اطلاق دارد یعنی هم فرض تمکّن و هم فرض تعدّر فقیه هر دو را شامل است یعنی اگر قِیم فقیه نباشد مطلقاً جای اشکال است حتّی در فرض تعدّر، و ما نمی‌توانیم به این اطلاق اخذ کنیم زیرا مفروض بحث ما از اوّل درباره ولایت آحاد مؤمنین این بود که در فرض تعدّر فقیه، حتماً نوبت به آحاد مؤمنین می‌رسد و آنها ولایت پیدا می‌کنند،

آنگاه اگر این احتمال را اخذ کنیم بناچار باید اطلاق مفهوم را تقیید نمائیم در حالی که الاصل عدم التقیید و التخصیص. اما اگر مراد احتمالات ۱ و ۲ و ۴ باشد به اطلاق مفهوم صدمه‌ای وارد نمی‌شود و مفهومش این است که: اگر قِیم فاسق بود [در قبال عادل] یا خائن بود [در قبال امین] یا مخالف بود [در قبال شیعی] این قیومت محلّ اشکال است مطلقاً [چه بر فرض تعدّر مقابل اینها، یعنی عادل و امین و شیعه‌ای یافت نمی‌شود، و چه بر فرض تمکّن از اینها در هر حال فاسق و خائن و مخالف ولایت ندارد. و این اطلاق محفوظ است. آنگاه دوران امر میان یکی از سه احتمال مذکور می‌شود و از آنجا که اصل ثبوت ولایت برای غیر فقیه، مخالف اصل اوّلی یعنی عدم ولایت احدی بر دیگران، است باید به قدر متیقّن آن اکتفا کرد و آن عادل بودن است زیرا اگر عدالت بود پیش از آن و ثاقت و شیعه بودن یعنی ایمان ثابت شده ولی چنان نیست که اگر ایمان یا امانت داری بود عدالت هم باشد. پس از باب اکتفاء به قدر متیقّن، از میان احتمالات احتمال عدالت را برگزیده و می‌گوییم: منظور مماثلت در عدالت است و نتیجه آن است که: فسّاق از مؤمنین ولایت ندارند و تنها عدولِ مؤمنان ولایت دارند.

قوله: لکن الظاهر:

ولی ما روایاتی داریم که از آنها کفایت و ثاقت و امانت داری و حفظ مصلحت صغار و مراعات منفعت آنها استفاده می‌شود و بیش از امانت داری را شرط نمی‌دانند و چون این روایات ظهور در اعتبار امانت داری، دارند کلام مُبیین هستند و بدین وسیله اجمال حدیث محمد بن اسماعیل تفسیر و حلّ می‌شود و نوبت به احتمالات و اخذ به قدر متیقّن نمی‌رسد. بلکه منظور از آن صحیحه نیز اعتبار و ثاقت و امانت می‌شود که احتمال دوم بود نه بیش از آن. و اما این روایات: مرحوم شیخ دو روایت را نقل می‌کنند:

۱- صحیحہ علی بن رثاب: مردی از بستگان ما از دنیا رفته و تعدادی فرزند صغیر و تعدادی مملوک اعم از غلامان و کنیزان بر جای گذاشته ضمناً وصیت هم نکرده تا تکلیف روشن شود. حال یابن رسول آله نظر شما در این باره چیست؟ کسی که می خواهد این کنیزها را از اولاد صغار خریداری نموده و او را مستولده بسازد وظیفه اش چیست؟ آیا حق خریدن دارد یا نه؟ و نیز خود اولاد می خواهند این کنیزها را بفروشند آیا حق دارند بفروشند یا نه؟ امام علیه السلام از بخش دوم سؤال [بیع جاریه از سوی اولاد] پاسخ داده و فرمودند: اگر این ورثه صغیر قیمی و سرپرستی دارند که او به نفع اینها نظارت می کند و امر بیع را به عهده می گیرد، معامله و بیع نه تنها بلا مانع است بلکه قیم نزد خداوند مأجور نیز هست. راوی مجدداً بخش اول سؤال را تکرار کرد که: خریداران چه تکلیفی دارند؟ آیا شرعاً می توانند این جاریه ها را خریده و آنها را ام ولد خویش سازند؟ امام فرمود: خریدن هم بلا مانع است، مشروط بر اینکه: از قیم اطفال خریداری کنند، و فروشنده خود بچه ها نباشند بلکه قیم آنها باشد که در مصالح آنان نظارت دارد، و اگر قیم مذکور جاریه ای را فروخت معامله اش صحیح و لازم است و ورثه حق رجوع ندارد.^۱

از تعبیری نظیر: نَظَرَ لَهُم، الناظر فیما یصلحهم، استفاده می شود که امانت داری و ملاحظه مصلحت یتیم کفایت می کند و عادل بودنِ قیم شرط نیست.

۲- موثقه زرع از سماعه: مردی از دنیا رفته و دختران و پسران صغیر و کبیر هم دارد، و بدون وصیت مرده است، و دارای خدمتکار و مملوکها و عَقَرُ [شاید مراد اراضی و باغات باشد و شاید مراد اروش جنایات باشد که در طول مدت حیاتش هرکس بر مال او جنایتی وارد شده ارش و تفاوت را ضامن شده و باید به او بدهد و یا دیه جراحاتی که بر خود میّت وارد شده است. که به هر حال به ورثه می رسد و از ترکه میّت محسوب می شود] است. حال ورثه این میّت چگونه این اموال را تقسیم کنند؟ حضرت فرمود: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلک کله فلا بأس.^۲

کیفیت استدلال: اگر از رجل ثقة مردی که مورد وثوق و اطمینان است و می دانیم که خیانت نمی کند اراده شود این روایت هم دلیل بر کفایت امانت داری است ولی اگر

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۶۹، باب ۱۵، حدیث اول.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۴۷۴، باب ۸۸، حدیث دوم.

منظور از ثقه در کلام امام کسی باشد که دارای ملکۀ عدالت است، این حدیث دلیل بر کفایت امین بودن نمی شود بلکه دلیل بر اعتبار عدالت می شود.

قوله: لکن:

از دو حدیث قبلی، لزوم امانت و وثاقت استفاده شد. و لکن روایتی هم داریم که از آن لزوم عدالت مستفاد است و امین بودن کافی نیست و آن صحیحۀ اسماعیل بن سعد است: راوی می گوید: از امام رضا علیه السلام پرسیدم: مردی بدون وصیت می میرد و دارای فرزندان صغیر و کبیر است، آیا بدون اینکه قاضی متولّی امر بیع اموال میّت به نفع ورثه بشود، خریدن چیزی از متاع یا مملوک او جایز است؟ و اگر قاضی متولّی این امر شد و ورثه هم بدان رضایت دادند ولی خلیفه بر حقّ «امام علیه السلام» او را به قضاوت نصب نکرده بود، آیا خریدن از این قاضی جایز است؟ حضرت فرمود: با سه شرط جایز است: اولاً فرزندان کبیر با قاضی در بیع شرکت داشته باشند. ثانیاً کلیۀ ورثه راضی به بیع باشند. و ثالثاً یک عدلی [فرد عادل] هم بر این بیع قیام کند^۱ که همین امر سوّم محلّ شاهد است و ظاهرش لزوم قیام فرد عادل است.

قوله: و آذی ینبغی:

پس از نقل روایات که مضامین متفاوتی داشتند و از بعضی روایات استفاده شد که قدر متیقّن اعتبار عدالت است و مفاد بعضی اعتبار و ثاقت و امانت بود و مفاد برخی اشتراط عدالت بود که در کنار اولاد کبیر باید عادلّی هم ناظر باشد. حال مرحوم شیخ می فرماید: از بحثهای قبل از روایت معلوم شد که غیر حاکم شرع و فقیه جامع شرائط ولایت ندارند مگر در مقامی که یا عموم عقلی دالّ بر رجحان و بایسته بودن تصدّی فلان معروف باشد (مثل حفظ جان یتیم از هلاکت که قبلاً ذکر شد و عقل هر عاقلی مستقّل بود به اینکه حفظ جان از حفظ مال مهمتر است و به مقدار ضرورت، صرف مال یتیم برای حفظ جان او بایسته است.) و یا یک عموم نقلی دالّ بر رجحان آن کار باشد (مثل تصدّی او قاف عامّه که متولّی خاص ندارند و تجهیز میّت) و یا از ادلّه خاصّه هر بابی این رجحان استفاده شود. آنگاه در قدم اوّل باید ادلّه خاصّه هر مسأله را ملاحظه کنیم و ببینیم که از

آنها عموم مستفاد است و رجحان تصدی برای هر فرد مؤمنی ثابت می شود (چه عادل باشد و چه فاسق) و یا خصوص مستفاد است و تنها عدول را دلالت دارد. اگر از ادله خاصه به نتیجه ای رسیدیم که طبق آنها عمل می کنیم.

و در قدم دوم اگر از ادله خاصه نتیجه ای نگرفتیم نوبت می رسد به مفاد و عمومات کل معروف صدقه^۱ عون الضعیف من افضل الصدقه^۲ تعاونوا علی البرّ والتقوی^۳ لا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن^۴ ... و در رابطه با مفاد عمومات دو مقام از بحث وجود دارد:

۱- وظیفه شخص فاسق بین و بین الله چیست؟ آیا اگر مصلحت را در بیع مال یتیم دید شرعاً مجاز است و می تواند بفروشد؟ و اگر فروخت نه حرامی مرتکب شده (تکلیفاً) و نه ضامن است (وضعاً)؟ یا شرعاً مجاز نیست و حرام است که در مال یتیم تصرف کند؟

۲- وظیفه دیگران چیست؟ آیا دیگران می توانند با او وارد معامله شوند و مال یتیم را از او خریداری کنند؟ و آیا به مجرد اینکه دیدند فاسقی بدین امر قیام کرده و جواب یا استحباب اصلاح مال یتیم و حفظ مال یتیم از هلاکت و تلف از آنان برداشته می شود؟ آیا می توانند مال یتیم را در دست فاسق ابقاء کنند یا واجب است در فرض مقدور بودن به زور هم شده از فاسق بگیرند و به عادل تحویل دهند؟ و ...

اما مقام اول: مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما فاسق اگر واقعاً احراز کرده که این بیع یا شراء برای یتیم مصلحت دارد می تواند این تصرف را انجام دهد و منصب مباشرت برای او ثابت است و در این جهت عدالت شرط نیست. دلیل جواز هم عمومات ادله معروف است که خطابش به همگان است و هر یک از فاسق و عادل را شامل است، مثل «کل معروف صدقه»^۵ یعنی هر کار معروفی صدقه و احسان است و احسان از هرکسی صادر شود حسن و بایسته است و فرقی میان عادل و فاسق نیست.

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث ۲.

۲. وافی، ج ۳، جزء ۹، ص ۳۲. ۳. سورة مائده / ۳.

۴. سورة انعام / ۱۵۲.

۵. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث ۲.

و مثل «عون الضعیف من افضل الصدقة»^۱ و قید ندارد که عون ضعیف از عادل بهترین صدقه است. حذف متعلق مفید عموم است: (تعبیر شیخ به کلمه ولو... برای این است که کلمه عون به معنای یاری و کمک است و دالّ بر استقلال در تصرّف نیست و بیشتر دالّ بر معاونت و کمک و شرکت است که انسان کمک کار ضعیف باشد ولی روایت «کل معروف صدقه و...» دالّ بر استقلال در تصرّف است در قبال شرکت با مالک و لذا عون الضعیف دلالتش ضعیف است.)

و مثل عموم آیه «لا تقرّبوا مال الیتیم الاّ بالّتی هی احسن»^۲ که خطاب به همگان است و به مقتضای حصری که از لا و الاّ استفاده می شود مفاد آیه این است که: تصرّف در مال یتیم اگر به نحو احسن و اصلح باشد مانعی ندارد، باز حذف متعلق مفید عموم است یعنی خواه این تصرّف از مؤمن عادل صورت پیدا کند و یا از فاسق. (نکته: مرحوم شیخ قبلاً استدلال به این عموماً را ردّ کردند و فرمودند: معروف یعنی مأذونّ فیه از ناحیه عقل یا شرع یا مالک، و باید این موضوع از خارج احراز شود تا بتوانیم به کبرای کلّی «کلّ معروف صدقه» تمسّک کنیم وگرنه تمسّک به عام در شبهه موضوعیه است و جایز نیست. ولی در اینجا به همان عموماً تمسّک می کنند در حالی که همان اشکال وجود دارد که اوّل باید از خارج احراز کنیم که این تصرّف فاسق معروف است، عون الضعیف است، اعانت بر برّ و تقوی است و بعد به این عموماً استناد کنیم و این عناوین محزر نیست و با عدم احراز، تمسّک به آنها از باب تمسّک به عام در شبهه موضوعیه است و جایز نیست. پس بین این دو فراز از کلام شیخ تنافی به چشم می خورد.)

قوله: و صحیحه:

اگر کسی بگوید: از صحیحه محمد بن اسماعیل به حکم قدر متیقّن عدالت را استفاده کردیم پس فاسق حقّ مباشرت ندارد. شیخ می فرماید: آن صحیحه را بر روایت صحیحه علی بن رثاب که دالّ بر وثاقت و امانت بود حمل کردیم (چون صحیحه اولی مجمل بود و دومی مبین بود و بوسیله مبین، مجمل را تفسیر کردیم. و اگر بگوید: در موثقه زُرعه کلمه ثقه آمده بود و شاید مراد از ثقه کسی باشد که دارای ملکه

عدالت است پس فاسق را خارج کرد. باز می‌گوییم: این نیز بر امانت داری حمل می‌شود و هکذا روایت دیگر (منظور حسنه کاهلی است که در آینده خواهد آمد). پس در منصب مباشرت، عدالت شرط نیست.

قوله: ولو ترتب:

حال که فاسق هم شرعاً حق تصرف و مباشرت دارد، اگر چنانچه فاسقی بر میتی که ولی و سرپرستی ندارد، نماز میت گذارد آیا از دوش دیگران بر داشته می‌شود؟ دو فرض دارد:

۱- دیگران یقین دارند که فاسق نماز خواند و با چشم خود این را دیدند ولی شک دارند که نماز صحیح خواند تا از آنان ساقط می‌شود یا نماز باطل خواند؟ در اینجا اصالة الصحة در فعل مسلم جاری می‌کنند و فعل او را حمل بر صحت می‌کنند (کما این که اگر قصاب مسلمانی گوسفندی را ذبح کرد و ما شک کردیم باید حمل بر صحت کنیم) و از عهده آنها ساقط می‌شود.

۲- دیگران یقین ندارند که فاسق بر میت نماز خوانده باشد و به چشم خود ندیده‌اند و از دو عادل هم نشنیده‌اند ولی خود فاسق به آنها خبر می‌دهد که بر میت نماز خوانده، آیا خبرش پذیرفته است و می‌توان بدان اعتماد و اکتفاء کرد؟ می‌فرماید: قبول این خبر مشکل است (و وجه اشکال آنست که: خبر او مصداقی از مصادیق خبر فاسق است و به حکم آیه نبأ خبر فاسق ارزشی ندارد و قابل قبول نیست. پس نتوان بدان اکتفا کرد. و وجه قابل قبول بودن هم آنست که، اخبار فاسق فعلی از افعال او است و فعل او را باید حمل بر صحت کرد. پس قابل قبول است)

و اما مقام دوم: وظیفه دیگران چیست؟ آیا شرعاً می‌توانند مال یتیم را از فاسق خریداری کنند؟ یا عدالت شرط است و حتماً باید از فرد عادل خریداری کنند؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: در این مقام عدالت شرط است و معامله با فاسق بر روی اموال یتیم جایز نیست هر چند فرد فاسق ادعا کند که این معامله به صلاح یتیم است ولی به ادعای او نمی‌شود اعتماد کرد (آری اگر از طرق معتبر برای دیگران علم یا اماره پیدا شد که این معامله به مصلحت یتیم است می‌توانند وارد معامله شوند. و گرنه به صرف ادعای فاسق نمی‌توانند وارد معامله شوند). و بلکه حتی الامکان باید مال یتیم را از دست فاسق

بگیرند و به فرد عادلّی تحویل دهند (زیرا حفظ مال یتیم از معرض تلف شدن، واجب کفایّی است و از جمله معارض تلف و هلاک، بودن مال در دست فاسق است. پس باید مال را از چنگ فاسق در آورند. البته این کلیّت ندارد، زیرا چه بسا فاسق فرد امینی باشد و در حفظ امانت و مراعات غبطه و مصلحت یتیم، از هیچ کوششی فروگذار نکند. و در این فرض مال یتیم در دست امین است و در معرض تلف نیست تا اخذ آن از فاسق واجب باشد. پس بر حسب موارد، قضیه فرق می‌کند.) ادله مرحوم شیخ بر اشتراط عدالت در مقام ثانی:

۱- صحیحہ اسماعیل بن سعد می‌فرمود: «و قام عدل فی ذلک» یعنی اگر عدلی هم بر کارها نظارت دارد می‌توان مال ورثه صغیر را خریداری کرد، مفهومش اینست که: اگر عدلی نظارت ندارد خریدن مال یتیم جایز نیست.

۲- موثقه زُرعه می‌فرمود: ان قام رجل ثقه... بنابر این که مراد از ثقه، عادل باشد باز منطوق می‌گوید: اگر مرد عادلّی ترکه را تقسیم کند بجا است، مفهومش اینست که: اگر عادل نباشد فایده‌ای ندارد.

۳- عموماً ادله معروف که بر هر فرد مؤمنی قیام و اقدام به معروف را واجب می‌کند، با تصرّف فاسق این عموماً ساقط نمی‌شود و نتوان از آنها رفع ید کرد بلکه کماکان عموماً بر عهده مؤمنین عادل باقی است زیرا آنچه وظیفه مؤمنین است اصلاح مال یتیم و مراعات مصلحت او است و به مجرد تصرّف فاسق این وجوب اصلاح از دوش عدول بر داشته نمی‌شود. زیرا شک داریم که فاسق مراعات مصلحت کرده یا نه؟ و بر تصرّف او عنوان اصلاح مال یتیم صدق می‌کند یا خیر؟ و تا عنوان اصلاح و حفظ مال یتیم محزر نشود، وجوب از عهده مرتفع نمی‌شود.

اگر بگوئید: چه مانعی دارد که در این تصرّف مالی هم مثل مثال نماز بر میّت از اصالة الصّحة و حمل فعل مسلم بر صحت استفاده کنیم و بگوئیم: اصل تصرّف فاسق و فروختن مال یتیم محزر و یقینی است، صحت این کار مشکوک است که با اصالة الصّحة تدارک می‌شود. خواهیم گفت: قیاس مع الفارق است و اینجا جای اصالة الصّحة نیست زیرا در مورد نماز میّت آنکه بر همگان واجب بود یک نماز صحیح بود و اصل نماز از فاسق صادر شد و مقطوع بود ولی در صحت آن شک داشتیم و ادله حمل فعل مسلم بر

صَحّت بما گفت: این نمازگزار فاسق، مسلمان و مؤمن است و باید فعل او را حمل بر صَحّت کنید و ما متابعت کردیم. ولی در ما نحن فیه (تَصَرّف مالی و شراء از فاسق) موضوع وجوب، عنوان تَصَرّف صحیح نیست تا بگوئید: اصل تصرف محرز است و وصف صَحّت آن مشکوک است و به حکم ادلّه اصاله الصّحة، حمل بر صَحّت می‌کنیم. بلکه موضوع وجوب، عنوان اصلاح مال یتیم و مراعات حال یتیم است و باید تَصَرّف در مال یتیم معنون به این عنوان باشد تا مشروع باشد و در مورد تَصَرّف فاسق، شک ما در اصل تحقّق این عنوان است و ما نحن فیه از قبیل موردی نیست که اصل نماز بر میّت مفروغ عنه است و وصف صحت آن مشکوک است بلکه از قبیل موردی است است که اصل نماز خواندن فاسق بر میّت، مشکوک است و با شک در اصل نماز یا اصلاح و... جای حمل بر صَحّت نیست، تا موضوع و موصوف محرز نشود که نوبت به شک در وصف نمی‌رسد.

قوله: وإن شئت:

اگر مایل بودی دلیل سوّم بر اشتراط عدالت را به بیان دیگری بیان کن: خریدن مال یتیم از فاسق یا هر کس دیگر، حتماً باید به مصلحت یتیم بوده باشد و این عنوان در مورد فاسق محرز نیست و اصاله الصّحة نیز کاری از پیش نمی‌برد، چون شک ما در اصل موضوع است و نظیر شک در بلوغ است که اگر مشتری شک دارد که آیا بایع به سنّ بلوغ رسیده و معامله می‌کند یا نرسیده؟ باید بلوغ را از خارج احراز کند و نمی‌تواند از اصاله الصّحة استفاده کند و بگوید: انشاء الله بالغ بوده و معامله صحیح است.

قوله: فتأمل:

اشاره به این که قیاس ما نحن فیه به مورد شک در بلوغ، مع الفارق است زیرا که قدر متیقّن از ادلّه حمل فعل مسلم بر صَحّت و اجراء اصاله الصّحة، موردی است که فعل صادره، فعل بالغ باشد و این جهت در مورد شک در بلوغ محرز نیست و جای آن ادلّه نیست ولی در ما نحن فیه یعنی فاسق، این جهت محرز است و لذا قابلیت جریان اصاله الصّحة را دارد. پس ما نحن فیه نظیر شک در بلوغ نیست.

قوله: نعم:

پس تصرف فاسق و معاملات با او جایز نیست و بلکه باید مال یتیم را از او گرفت حال اگر

چنانچه فاسق با مشتری مسلمانی معامله کرده و مال یتیم را به او فروخته و مثن را تحویل داده و ثمن را تحویل گرفته، آیا دیگران باید این معامله را فسخ کنند؟ خیر، زیرا آنچه واجب است حفظ مال یتیم از تلف شدن و اصلاح آن مال است و الان نمی دانیم که آیا مال یتیم ثمن و پولی است که دست بایع فاسق است؟ یا ثمن و متاعی است که در دست مشتری است؟ اصالة الصّحة در فعل مسلمان می گوید: انشاء الله هر دو مسلمانند و تصرف هر دو صحیح است و در نتیجه باید گفت که مال یتیم همان ثمن است و باید از فاسق اخذ کرده و به عادل تحویل دهیم. پس در این فرض حکم به صحّت شد.

قوله: فتدبر:

اشاره به اینکه باز هم جای اصالة الصّحة نیست زیرا اصالة الصّحة نسبت به فعل مشتری هم جاری شود نسبت به فعل بایع جاری نمی شود به بیانی که قبلاً ذکر شد که اصلاح مال یتیم بودن محرز نیست و در معاملات اصالة الصّحة در یک طرف کافی نیست. در نتیجه معامله مذکور قابل فسخ است و عادل می تواند ثمن را از فاسق گرفته و به مشتری بدهد و متاع را از مشتری گرفته و برای یتیم حفظ کند.

قوله: ثمّ انه:

حال که اصل جواز و مشروعیت تصرفات عدول مؤمنین در امور حسبه در فرض تعدّر فقیه، محرز شد این سؤال مطرح می شود که: آیا این وجوب یا استحباب تصرف (لسان ادله متفاوت است از برخی وجوب مستفاد است چون امر کرده و از بعضی رحجان و استحباب و تحرص و تشویق مستفاد است.) صرفاً یک حکم تکلیفی محض است؟ یا از باب ولایت داری است و مؤمنین در فرض تعدّر فقیه ولایت دارند و نایب فقیه عادل هستند کما اینکه او نایب امام معصوم و منصوب از طرف امام علیه السلام است؟

ثمره این نزاع در جواز مزاحمت و عدم جواز آن ظاهر می شود که مصادیق مختلفی دارد و سه مورد را می آورند:

۱- در موردی که فرد عادل بر مال یتیمی ید و سلطه پیدا کرده و مال در تحت اختیار او است. اگر مشروعیت تصرفات صرفاً تکلیفی باشد، به همان نسبت که وجوب تصرف برای ذی الید ثابت است برای دیگران هم از باب واجب کفایی واجب است و در نتیجه در تحت اختیار فردی بودن مانع نمی شود و عادل دیگر می تواند سبقت بگیرد و با

رعایت مصلحت، آن مال را بفروشد و هر کدام زودتر فروختند، نوبت به دیگری نمی‌رسد. ولی اگر از باب ولایت و نیابت باشد باید گفت: به مجرد وضع ید، دیگران حق ندارند مزاحم ذی الید شوند و او است که حق تصرف دارد، (نظیر اینکه خود امام علیه السلام بر مال یتیمی وضع ید کند که دیگران حق مزاحمت ندارند).

۲- در موردی که فرد عادل مال یتیم را به نقل جایز (مثلاً بیع خیاری) به دیگری منتقل کرده در اینجا صوری فرض می‌شود:

الف: خیار به اصل شرع ثابت است مثل خیار مجلس و حیوان و عیب و غبن.

ب: خیار به جعل طرفین معامله ثابت است مثل خیار اشتراط، و خود این سه صورت دارد: الف: برای صغیر حق الخیار جعل شود.

ب: برای مطلق ولی حق الخیار جعل شود. ج: برای خصوص عاقد و فروشنده جعل خیار کنند. حال تنها در فرض اخیر دیگران حق مزاحمت ندارند، زیرا تصرفی شده و نسبت به دیگران لازم است و نباید بهم بخورد. ولی در فرضهای قبلی اگر مشروعیت بیع عاقد، از باب حکم تکلیفی صرف باشد دیگران هم در این حکم شریک‌اند و اگر مصلحت دیدند می‌توانند فسخ کنند و حال یتیم را مراعات کنند و متاع او را استرداد کنند. ولی اگر از باب ولایت باشد، دیگران حق مزاحمت و فسخ ندارند و تنها عاقد است که چنین حقی دارد.

۳- اگر مؤمن عادل متاع یتیم را در معرض بیع قرار داده ولی هنوز نفروخته، باز چنانچه این مشروعیت تصرف یک حکم تکلیفی محض باشد، دیگری می‌تواند اقدام کند و تا اولی این متاع را نفروخته او به فرد ثالث بفروشد (با مراعات اصلح) ولی اگر از باب ولایت باشد، حق مزاحمت ندارد.

رای مرحوم شیخ این است که: این مشروعیت تصرف برای مؤمنان از باب حکم تکلیفی است و مزاحمت در موارد مذکور جایز است و در «و بالجمله» می‌فرمایند: حکم عدول مؤمنان، حکم پدر و جد پدری است که در عرض هم بوده و هر دو حق دارند در اموال طفل صغیر تصرف کنند و مادامی که دیگری تصرف لازمی انجام نداده او حق دارد بفروشد، خریداری کند و... (البته به نظر می‌رسد عدول مؤمنان در فرض تعدد فقیه قائم مقام فقیه هستند و همان اختیارات را دارند، کما اینکه فقیه در زمان غیبت نایب امام زمام (عج) است و در نتیجه ولایت دارند و اگر چنین شد جایی برای مزاحمت نیست).

قوله: و اما حکام الشرع:

عدول مؤمنین می توانستند مزاحم یکدیگر شوند، به بیانی که گذشت. اما آیا حکام شرع یعنی فقهای جامع شرائط نیز چنین هستند و حق مزاحمت دارند یا خیر؟ یعنی اگر میتی سرپرست و وارث ندارد و فقیه عادل فردی را تعیین نمود تا بر میت نماز بخواند، یا سرپرستی اموال میت را به عهده بگیرد، یا خود فقیه بر مال یتیمی دست گذاشت و در صدد بر آمد تا در آن تصرف کند. در اینجا پس از تحقق اینگونه امور در خارج، مزاحمت معنا ندارد و تصرف همان فقیه یا نماینده او صحیح و نافذ است ولی پیش از انجام این کارها (هنوز نمازی بر میت خوانده نشد، تصرفی در مال او نشده ...) آیا فقیه عادل دیگر شرعاً حق دارد در کار فقیه دیگر دخالت کرده و مزاحمت نماید و او هم فرد دیگری را به عنوان سرپرست اموال میت تعیین کند، شخص دیگری را برای نماز بر میت مشخص کند؟ یا چنین حقی ندارد و به محض اقدام فقیهی، سایر فقهاء جامع شرایط باید تسلیم باشند و حق مداخله در آن کار ندارند؟

مرحوم شیخ می فرماید: این مسأله (جواز و عدم جواز مزاحمت فقیهی با فقیه دیگر) مبتنی بر ادله ولایت فقیه است: اگر مستند و مدرک ما برای اثبات ولایت فقیه، تویق شریف باشد که می فرمود: «و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا»، نتیجه آن است که تا از سوی فقیهی تصرف لازمی (بیع لازم مثلاً) انجام نشده (چه اصلاً تصرفی نکرده و یا معامله جایز و خیاری انجام داده) فقیه دیگر می تواند با او مزاحمت کرده و خودش اقدام نماید. زیرا به حکم حدیث مذکور بر غیر فقیه جامع شرائط واجب است که امور و حوادث واقعه را به حکام و فقهاء ارجاع دهد و رأی آنها را جویا شود و مفهوم کلام آن است که: پس خود عوام مردم استقلال ندارند و حق دخالت ندارد و آنان نباید مزاحم فقیه باشند و اما خود حکام شرع حق مزاحمت دارند، زیرا هر کدام از آنها راوی حدیث ائمه و معنویان به عنوان فقیه هستند و هر کدام از سوی امام علیه السلام حجت و ولی هستند و امام علیه السلام آنها را بر این کار منصوب نموده است. پس بر خود آنان واجب نیست که حوادث واقعه را به فقیه دیگر ارجاع دهند بلکه می توانند مباشرة اقدام کنند هر چند فقیه دیگر هم اقداماتی کرده و دست بر روی مال یتیمی گذاشته و او نیز قصد دخالت دارد.

(البته به این بیان اعتراض شده به اینکه: روایت از این حیث که در حوادث واقعه باید به فقهاء مراجعه کرد، در مقام بیان است و وظیفه عوام را روشن می سازد که آنان در این کار مرجع و ملجأ نیستند و باید به فقهاء مراجعه کنند و اینان مرجع امور می باشند و اما اینکه خود فقهاء اگر در یک عصری چند فقیه یکجا جمع بودند آیا همگی در عرض هم و مستقلاً ولایت دارند و هر کدام حق دخالت دارند و با وجود اقدام دیگری هم چنین حقی محفوظ است؟ توقیع از این حیث در مقام بیان نیست و در فرض شک در جواز مزاحمت از اصل اولی که اصل عدم ولایت باشد استفاده می کنیم زیرا با وجود تولی و تصدی فقیهی مثل او آیا باز هم او ولایت و حق تصرف دارد یا نه؟ قدر متیقن فرض عدم تصدی مثل او است.) در ادامه مرحوم شیخ دو تشبیه و تنظیر می آورند:

۱- حال که از توقیع شریف، جواز مزاحمت را استفاده کردیم می گوئیم: حال فقهاء نسبت به یکدیگر شبیه حال پدر و جد پدری نسبت به یکدیگر است که شرعاً هر دو ولایت (جواز تصرف تکلیفی) دارند و در عرض یکدیگرند و در این حکم مشارکت دارند و لذا هر کدام زودتر اقدام کرد همان نافذ است هر چند دیگری مقدماتی را نیز انجام داده است مثلاً یکی صلاح می داند که با پول طفل فلان متاع را خریداری کند و دیگری بنا را بر تصرف دیگری می گذارد و تا اولی خرید را انجام نداده دومی حق تصرف دیگر را دارد. فقهاء نیز چنین هستند.

۲- حال فقهاء مثل دو قاضی و حاکم شرع (قاضی تحکیم) است که طرفین نزاع نزدیکی از آندو رفته و نزد او طرح دعوا نموده اند و او هم سخنان طرفین را شنید، پرونده را دید و، شهود از طرفین خواسته، از رأی خودش هم منصرف نشده و بنا را بر قضاوت دارد. و ولی هنوز حکم صادر نکرده، طرفین نزد حاکم دیگری رفتند، حاکم دیگر حق حکومت و قضاوت دارد و اگر زودتر حکم صادر کرد، نوبت به اولی نمی رسد. آری پس از صدور حکم از سوی اولی، طرفین باید بپذیرند و حق ندارند رأی او را رد کنند.

قوله: واما لو:

و اما اگر مستند و مدرک ما بر ولایت فقیه، عمومات ادله نیابت باشد (از قبیل: اللهم ارحم خلفائی، فائی جعلته علیکم حاکماً، مجاری الامور بایده العلماء بالله، اینان اولو الامر امر می باشند و...) که فعل فقیه را مثل فعل امام و رأی و نظر فقیه را مثل نظر امام و به

منزله آن می دانند. باید گفت: مزاحمت جایز نیست. زیرا به حکم این اخبار و عموماً، فقیه نایب امام علیه السلام است و فقهاء نواب عام امام علیه السلام می باشند و همانطوری که اگر منوب عنه یعنی خود امام علیه السلام اقدام می کرد و وارد قضیه می شد، بنا را بر تصرف می گذاشت، وضع ید بر مالی می نمود، اختیارکاری را به عهده می گرفت و... دیگران به هیچ وجه حق مزاحمت نداشتند، همچنین اگر نایب امام یعنی فقیه هم وارد قضیه شد و مقدماتی را انجام داد دیگران حق مزاحمت ندارند چرا که نظر او مثل نظر امام و فعل او به منزله فعل امام علیه السلام است و تعدی از رأی و نظر او جایز نیست.

قوله: لا من حیث:

گویا کسی می گوید: جناب شیخ اعظم خود شما سابقاً در دلالت این عموماً بر ولایت فقیه مناقشه کردید و فرمودید: این عموماً نمی توانند دلیل بر ولایت فقیه باشند، ولی حالا خودتان به این عموماً استناد کرده و نتیجه می گیرید، آیا این تناقض نیست؟ مرحوم شیخ برای دفع این شبهه می گوید: از قضا ما الان هم همان عقیده را داریم که آن عموماً دلیل بر ولایت فقیه نیستند. متناً سابقاً گفتیم که ولایت فقیه دو معنا دارد:

الف: ولایت مطلقه فقیه که ولایت بر اموال و انفس و اعراض باشد، مثل امام علیه السلام که ولایت مطلقه داشت. ب: ولایت غیر مطلقه که در امور حسبه که اصل وجود آنها مطلوب بود، گفتیم: با وجود فقیه جامع شرایط، دیگران حق دخل و تصرف ندارند و حتماً باید به او مراجعه کنند. و ما در این بخش ولایت فقیه را پذیرفتیم و الان سخن ما در همین بخش است و می گوییم: حال که فقیه در این بخش ولایت و نیابت دارد و نایب الامام است لازمه اش آن است که همان حکمی که امام علیه السلام داشت فقیه هم داشته باشد و کسی با امام قدرت مزاحمت نداشت، با فقیه هم حق مزاحمت ندارد.

قوله: بل من حیث:

در اینجا به تعلیل ذیل توقیع شریف اشاره کرده و می فرمایند: این ذیل می فرماید: فانهم حجّتی علیکم... یعنی فقهاء حجّت من بر شما هستند، و اگر منظور صرف جواز شرعی و تکلیفی بود و نظیر جواز تصرف پدر و جدّ بود بجا بود بفرماید: فانهم حجّة الله علیکم، ولی تعبیر به «حجّتی» کرده یعنی اینان از ناحیه من بر شما حجّت می باشند و این بدان معنی است که در هر چه من حجّت بودم اینان حجّت و مرجع امورند، و اگر امام بود

کسی حق مزاحمت با او را نداشت، پس با منصوبین از طرف امام نیز کسی حق مزاحمت ندارد.

(ضمناً شیخ اعظم به صدر توقیع یعنی جمله فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا، برای جواز مزاحمت استناد کردند و به ذیل آن یعنی جمله فأنهم حجتی علیکم، برای عدم جواز مزاحمت استناد کردند، حال آیا شیخ اعظم تناقض گوئی کرده در جواب می‌گوییم: آن مطلب در ارتباط با صدر توقیع و قطع نظر از ذیل آن بود، و این سخن با عنایت به ذیل و تعلیل است و از آن رهگذر که علت به منزله نص می‌باشد، مقدم است و نظر نهایی شیخ اعظم همین است.)

قوله: فقد ظهر:

ضمناً فرق فقهاء جامع شروط با پدر و جد پدری (که قبلاً شبیه کردند) روشن شد، زیرا فرق است بین اینکه فقهاء حجت الهی باشند (پس مثل اب و جد هستند و مزاحمت جایز است) یا هر کدام نایب امام زمان علیه السلام باشند (پس مثل امام بوده و مزاحمت با آنان جایز نیست.)

قوله: و ربما یتوهم:

بعضی توهم کرده‌اند که فقهاء متعدّد مثل وکلاء متعدّد هستند و همانطوری که اگر یک نفر چندین وکیل تامّ الاختیار داشته باشد و هر کدام وکالت بر بیع فلان مال داشته باشند، می‌توانند مزاحمت کنند یعنی با وجود اینکه وکیلی اقداماتی کرده و مقدماتی را تدارک دیده، معذلک وکیل دیگر می‌تواند اقدام کند و فلان بیع را انجام دهد، همچنین فقهاء نیز در حقیقت وکلای امام علیه السلام هستند، و حکم وکیل را دارند پس مزاحمت بعضی با بعضی دیگر جایز است.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: در باب وکالت وکلای متعدّد، دو فرض مطرح است:

۱- آنان فقط در اصل بیع و ذی المقدمه وکالت داشته باشند و در مقدمات کار وکیل نباشند و به سلیقه خویش آنها را فراهم کنند، در چنین فرضی ولو وکیلی صد تا مقدمه را انجام داده باشد ولی هنوز ذی المقدمه و مورد وکالت را انجام نداده و فرض این است که سایر وکلاء نیز در این عمل مثل او وکیل می‌باشند، پس مزاحمت جایز است.

۲- آنان نه فقط در اصل ذی المقدمه بلکه در جمیع مقدمات هم وکالت دارند و از

هر حیث مثل خود موکّل می‌باشند در چنین فرضی همانطوری که اگر خود موکّل متاعش را در معرض بیع قرار می‌داد و مقدّماتی را انجام می‌داد، و کیلها حقّ مزاحمت نداشتند، همچنین وکیل کذائی مثل موکّل است و به محض اقدام، وکلای دیگر حق مزاحمت ندارند و فعلاً دست آنها کوتاه است، مگر وکیل اوّل منصرف شود یا به نحوی کار را ناتمام بگذارد، اینجا است که نوبت به بقیّه می‌رسد. حال فقهاء عظام بر فرض که نظیر وکلای شخص واحد باشند اما وکلای از قسم دوّم هستند و در نتیجه مزاحمت آنان جایز نیست. و توهم مزبور از اینجا ناشی شده که: متوهم وکلای معمولی را ملاحظه کرده که تنها نسبت به ذی المقدّمه وکالت دارند، و آن قیاس ناروا را انجام داده غافل از اینکه وکالت فقهاء از فرض دوّم است.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: ادلّه نیابت فقیه هم مثل ادلّه وکالت وکیل بر بیش از ولایت یا وکالت بر نفس عمل، دلالتی ندارند و مقدّمات را شامل نمی‌شوند در نتیجه حال حکام شرع مثل وضع وکلای متعدّد در توکیل‌های معمولی است و تا اصل کار انجام نشده جای مزاحمت هست.

قوله: مضافاً:

در این فراز دلیل دیگری می‌آورند مبنی بر اینکه مزاحمت فقیهی با فقیه دیگر جایز نیست. و اگر فقیهی اقدام کرد و وارد قضیه شد، فقهای دیگر حقّ دخل و تصرف ندارند. و آن اینکه: جواز مزاحمت مستلزم هرج و مرج و اختلال نظام مصالحی است که به عهده حکام شرع نهاده شده، زیرا آنان برای حفظ مصالح صغار و مجانین و قاصرین و... ولایت بر تصرف در اموال آنها پیدا کرده‌اند و اگر بنابر مزاحمت باشد و هر فقیهی به سلیقه خویش تصرفی نماید، لاجرم نقض غرض شده نظام این مصالح مختل می‌گردد. به ویژه در زمانهای ما (زمان شیخ اعظم اگر چنین بوده پس از منّه متأخر به طریق اولی) که مدّعیان حکومت و حاکم شرع و فقیه بودن و حقّ تصرف داشتن، زیاد شده است و اگر مزاحمت جایز باشد حتماً آن محذور اختلال نظام پیش می‌آید که منظور و مطلوب شارع نیست بلکه مبعوض است. (نکته: نظیر این اشکال در باب ولایت عدول مؤمنان و جواز مزاحمت آنان نیز قابل طرح است ولی مرحوم شیخ در آن باب جواز مزاحمت را

پذیرفتند و در باب فقهاء نمی‌پذیرند، لذا جای این سؤال هست که: ما الفرق بینهما؟

قوله: فقد تبین:

از دو دلیل مذکور کاملاً روشن شد که در هر الزام قولی یا فعلی که بایستی به فقیه رجوع شود فقیه دیگر حق مزاحمت ندارد، پس اگر فقیهی مال یتیم را قبض کرد، یا شخصی را برای قبض آن معین کرد یا کسی را ناظر بر اموال یتیم قرار داد، سایر فقهاء حق ندارند مخالفت نمایند، چرا که نظر فقیه همانند نظر امام علیه السلام است که مخالفت با نظر امام علیه السلام قطعاً جایز نیست.

قوله: واما جواز:

گویا کسی می‌پرسد: پس چرا در باب قضاوت فرمودید: مزاحمت جایز است و تا فقیه و قاضی شرع قضاوت نکرده فقیه دیگر حق قضاوت دارد؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: این باب نکته‌ای دارد و آن اینکه: تا طرفین دعوی به کسی مراجعه نکنند، بر او قضاوت و حکومت واجب نیست و لذا اول به فقیهی مراجعه داشتند و بر او قضاوت واجب شده او هم مقدمات کار را انجام داد ولی بعداً طرفین نزد قاضی دیگری رفتند و این به معنای عدول آنان از نظر فقیه اول است و با عدول و اعراض بر فقیه اول واجب نیست قضاوت کند و تنها بر دومی واجب می‌شود

قوله: ثم انه:

از نظر مرحوم شیخ اولیاء تصرف در اموال قاصرین (کسانی که استقلال در تصرف ندارند) عبارت بودند از ۱- پدر و جد پدری یا وصی آنها نسبت به اموال طفل ۲- فقهاء جامع شرائط نسبت به اموال اطفال بی سرپرست، مجانین، سفهاء و... ۳- و عدول مؤمنین در فرض تعدد فقیه حال درباره ولایت پدر و جد در مسأله خودش بحث کردیم که آیا با مراعات مصلحت حق تصرف در اموال طفل دارند؟ یا با فرض عدم مفسده چنین حقی دارند ولو مصلحتی نباشد؟ یا مطلقاً تصرف پدر و جد نافذ و مشروع است ولو به ضرر طفل باشد؟ مختار مرحوم شیخ قول وسط بود و عدم مفسده را کافی دانستند.

حال نظیر این بحث درباره ولایت غیر پدر و جد (یعنی ولایت فقیه و مؤمن عادل) نیز مطرح است که آیا ولایت اینان و جواز و نفوذ تصرف آنان در اموال طفل و غیره مشروط به مراعات مصلحت است و تنها در این صورت ولایت دارند؟ یا مشروط به

رعایت مصالح و منافع طفل و غیره نبوده و مطلقاً ولایت دارند؟

مرحوم شهید اول در قواعد فرموده: در رابطه با اشتراط مصلحت دو وجه وجود دارد^۱ (۱- وجه اشتراط که عبارتست از اصل و آیه و در ادامه خواهد آمد، ۲- وجه عدم اشتراط عبارتست از اصل عدم اشتراط که عندالشک جاری می شود). ولی ظاهر کلام کثیری از فقهاء آنست که تصرّف فقیه و عادل بدون مراعات مصلحت اصلاً صحیح نیست و فقط بر فرض مصلحت صحیح است (وگرنه ضامن خواهند بود) و بلکه مفتاح الکرامه فرموده: اشتراط مصلحت میان فقهای امامیه اجماعی است و ظاهر علامه در کتاب تذکره در باب حجر این است که: اشتراط مصلحت مورد قبول همه مسلمانان است و شیعه و سنی بر آن اتفاق نظر دارند^۲ و استاد صاحب مفتاح الکرامه، جناب کاشف الغطاء در شرح قواعدش فرموده: ظاهر اصحاب (فقهای امامیه) اشتراط مصلحت است.^۳ و قبلاً دیدیم که شیخ طوسی و ابن ادریس حلی حتی در مورد پدر و جدّ پدری هم مصلحت را شرط ولایت آنان می دانستند و اگر در مورد آب و جدّ این امر شرط باشد پس در مورد سایر اولیای تصرّف، به طریق اولی شرط خواهد بود.

قوله: و یدلّ علیه:

مضافاً به ادّعی اجماع مذکور، عمده دلیل اشتراط مصلحت، دو امر است:

دلیل اول اصل عدم ولایت است: مکرّر گفتیم که اصل اولی در اسلام و از نظر عقل و عقلاء این است که جز خداوند که خالق و هستی بخش ما است و همه چیز ما از او است، هیچکس بر دیگری ولایت ندارد، نه ولایت بر جان کسی داریم (به حکم: لا تکن عبد غیر و قد جعلک الله حراً) و نه ولایت بر مال کسی داریم (به حکم: لا یجوز لا حدان یتصرف فی مال اخیه الا باذنه، لا یحلّ ان یتصرّف الا بطیب نفسه، الناس مسلطون علی اموالهم و...) و نه ولایت بر آبرو و ناموس کسی داریم (به حکم: الطلاق بید من اخذ بالساق و...) آنگاه ثبوت ولایت برای فقیه یا مؤمن عادل، بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشند باید به قدر متیقّن اکتفا کرد، و قدر متیقّن از ولایت، فرض وجود مصلحت و مراعات منفعت مولی علیه است و در فرض عدم مفسده یا

۱ القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۵۲. ۲ تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۸۰.

۳ شرح قواعد خطی ورقه ۷۱.

فرض وجود ضرر، شک در ولایت اینها پیدا می‌کنیم و اصل عدم ولایت جاری می‌شود. دلیل دوم: عموم آیه شریفه: لا تقربو مال الیتیم الا بالّتی هی احسن^۱ کیفیت استدلال: مرحوم شیخ می‌فرماید: از آنجا که در کتب مربوطه (کتبی که درباره آیات الاحکام نوشته شده از قبیل: آیات الاحکام قطب راوندی، فاضل هندی و...) تفسیر جامعی از این آیه نشده، ما صلاح می‌دانیم که توضیحاتی در ارتباط با معنای آیه بدهیم: محور بحث روی دو کلمه دور می‌زند: ۱- کلمه قرب ۲- کلمه احسن.

اما کلمه قرب: آیه می‌فرماید: و لا تقربوا... یعنی ای اولیای تصرّف حق ندارید به مال یتیم نزدیک شوید مگر به نحوی که احسن و اصلح باشد. حال مراد از این قرب (که در آیه متعلّق نهی واقع شده) چیست؟ مرحوم شیخ چهار احتمال در این باره ذکر می‌کنند:

الف: قُرْبُ و نزدیک شدن به مال یتیم کنایه از مطلق تقلیب و تحریک مال یتیم باشد یعنی هر نوع تحریک و جابجائی و نقل و انتقال در مال طفل حرام است مگر بر وجه اصلح باشد، و مطلق تحریک اعمّ است از تحریک خارجی و تکرینی که کمترین آن است (یعنی همین اندازه مال طفل را از انباری به انبار دیگر، از شهری به شهر دیگر منتقل کند، بدون هیچ کار دیگری) و یا تحریک اعتباری و در عالم اعتبار باشد یعنی آن را بفروشد یا اجاره دهد و... نتیجه طبق این احتمال تحریک و جابجائی در مال یتیم باید با مراعات مصلحت باشد اما ترک هرگونه تحریک و جابجائی، و ابقاء مال یتیم به حال خودش یا در دست فرد خاصّی برای محافظت را شامل نیست که اینهم باید به نحو اصلح باشد یا در اینجا رعایت مصلحت لازم نیست.

ب: قُرْبُ به معنای نزدیکی است و منظور این است: شماها که از مال یتیم دور بودید و ارتباطی با آن نداشتید، همچنان از آن اجتناب کنید و بدان نزدیک نشوید و با آن ارتباط و تماس پیدا نکنید و بر آن مال وضع ید نکنید و آن را در تحت سیطره و اختیار خویش قرار ندهید مگر اینکه این دست گذاشتن برای طفل اصلح باشد پس وضع ید باید به نحوی باشد که به صلاح طفل باشد و اما پس از وضع ید، وضع سایر تصرّفات چه می‌شود؟ آیا ابقاء و حفظ آن هم باید بالّتی هی احسن باشد؟ آیا تحریک مکانی آن هم

باید اصلح باشد؟ حکم این امور از آیه فهمیده نمی شود (مگر به تنقیح مناط)

ج: مراد از قُرْب و نزدیک شدن کنایه از تصرّفات عرفیه باشد (اموری که از دید عرف تصرّف محسوب می شوند) از قبیل قرض دادن مال طفل، فروختن آن، اجاره دادنش، مضاربه دادن و... و منظور آیه این است که: اینگونه تصرّفات در مال طفل تنها در فرض اصلح بودن آنها، مشروعیت دارد و جایز است و اولیای امور حقّ چنین کارهایی دارند، و اما مسئله حفظ و ابقاء مال در دست اولیاء و ترک تصرّف و وضعش چه می شود و آیا بر فرض اصلح بودن ترک تصرّف هم، تصرف جایز است یا خیر؟ این فرض از منطوق آیه و مفادمطابقی و تضمّنی آن فهمیده نمی شود، مگر از راه تنقیح مناط حکمش بدست آید (مناط عدم جواز تصرف، احسن و اصلح نبودن آن باشد و مناط جواز تصرّف هم احسن و اصلح بودن آن است و همین مناط در ابقاء مال و عدم تصرّف در آن وجود دارد).
 د: منظور از قرب به مال یتیم عبارت باشد از مطلق امور اختیاریّه‌ای (قید اختیاری برای آن است که نهی تکلیف است و باید به امر وجودی یا عدمی مقدور تعلّق بگیرد).
 که به نحوی با مال یتیم ارتباط پیدا می کند خواه فعلی از افعال باشد یا ترکی از تروک، و طبق این احتمال معنای آیه این می شود که: در مورد مال یتیم هیچ فعل یا ترکی را حق ندارید اختیار کنید مگر اینکه احسن از دیگری باشد بنابر این اگر تحریک مکانی اصلح است همان را باید اختیار کنید و نباید ترک کنید، و اگر وضع ید اصلح بود باید همان را اختیار کنید، و اگر تحریک اعتباری اصلح بود همان باید اختیار شود و اگر ابقاء و حفظ و ترک تصرّف اصلح بود همان را باید اختیار کند و تمام امور مربوط را شامل می شود.

و اما کلمه احسن: در این مورد نیز چهار احتمال وجود دارد:

۱- مراد از أَحْسَن افعال تفضیلی و دالّ بر تفضیل باشد آنهم أَحْسَنِ نسبی یعنی هر کاری را باید نسبت به ترک خودش بسنجیم و اگر فعل نسبت به ترک اولی است همان را اختیار کنیم، یا بالعکس.

۲- مراد افعال تفضیلی باشد آن هم أَحْسَنِ مطلق باشد یعنی هر کاری که می خواهید بکنید هم باید از ترک همان کار بهتر باشد و هم از جمیع تصرّفات دیگر بهتر باشد.

۳- مراد از أَحْسَن به معنای حَسَن باشد (که ثلاثی مجرّد است و به قول ائمّه نحو وزن أَفْعَل اگر بدون الف و لام و بدون تنوین استعمال شود به معنای ثلاثی مجرّد بکار

می رود.) آنهم حَسَنُ معنای اثباتی و ایجابی داشته باشد آئی ما فیه مصلحه. یعنی کاری که در آن کار مصلحت باشد ولو در مقایسه با کار دیگر اصلح از آن نباشد بلکه مساوی و برابر باشند.

۴- مراد حَسَنُ باشد آنهم به معنای سلبی آئی ما لا مفسده فیه یعنی هر تصرفی که دارای مفسده نباشد هر چند دارای منفعت هم نباشد.

قوله: ثُمَّ اَنَّ:

حاصل ضرب چهار احتمالِ مذکور در معنای أَحْسَنُ، در چهار احتمال معنای قُرْبُ، عبارتست از: شانزده احتمال، پس آیه را شانزده گونه می توان معنا کرد. ولی مرحوم شیخ از میان مجموعه احتمالات مذکور، یک احتمال را اختیار می کند و آن اینکه: قُرْبُ به معنای سَوَم باشد یعنی تصرفات وجودی (بیع، اجاره و...) منظور باشد. و شاهد این معنا ظهور عرفی و قرینه مناسبت حکم و موضوع است، زیرا موضوع مال الیتیم و قرب به آن است و آن معنایی که با این موضوع مناسبت دارد همان تصرف در مال یتیم است نه ابقاء و ترک تصرف. و احسن هم به معنای دَوَم یعنی احسن مطلق باشد یعنی تصرفی که هم از ترک خودش أَحْسَنُ است و هم از تصرفات دیگر، و شاهد این معنا آن است که وزن أَحْسَنُ وزن افعَل تفضیلی و از صیغ آن باب است و اصل در آن باب تفضیل است و چون مَفْضَلُ علیه ذکر نشده حذف متعلق مفید عموم است یعنی تصرفی که از غیر خودش مطلقاً افضل باشد چه غیر آن، ترک آن باشد، و چه تصرفهایی دیگر باشد.

قوله: فاذا فرضنا:

در این فراز از مجموع شانزده احتمال در معنای آیه به سه احتمال اشاره می کنند و نتیجه و ثمره هر کدام را بیان می کنند و سایر احتمالات یا مهم نیست و دلیل قرینه ندارد و یا نتیجه اش با این احتمالات، مثل هم می باشد. و اما سه احتمال:

احتمال اول: بنابر اینکه مراد از قرب معنای سَوَم یعنی تصرفات وجودی نباشد و مراد از أَحْسَنُ هم أَحْسَنُ مطلق باشد که مختار شیخ بود، اگر فرض کردیم که فعلاً به مصلحت یتیم است که متاعش فروخته شود و به تقدرایج بلد تبدیل شد و روی مراعات مصلحت، متاع او را به ده در هم فروختیم. سپس فرض کردیم که از نظر مصلحت یتیم فرقی ندارد که همین ده در هم را برای او حفظ و نگاهداری کنیم، یا آن را به یک دینار

تبدیل کنیم و دینار را حفظ کنیم، آیا تبدیل درهم به دینار جایز است یا نه؟ می‌فرماید: بنابر معنای مذکور (احسن مطلق) تبدیل جایز نیست زیرا که به مصلحت یتیم نمی‌باشد و چنان نیست که انجام این تبدیل از ترک آن بهتر باشد تا بتوانیم انجام دهیم و باید هر تصرفی دارای ملاک باشد، البته این را قبول داریم که: ولی یتیم از روز اول که هنوز تصرفی نکرده بود و متاع را تبدیل به نقد نکرده بود مختار بود که آن را به ده در هم تبدیل کند یا به یک دینار، زیرا مهم اصل تبدیل بود و آنکه صد در صد به مصلحت طفل بود اصل تبدیل جنس به نقد بود و قدر جامع مصلحت داشت و اما خصوص درهم یا دینار فرقی نداشت و لذا روز اول مخیر بود و تبدیل به درهم را برگزید، حال دوباره می‌خواهد معامله دیگری نماید و تصرف دیگری انجام دهد و درهم را به یک دینار بفروشد، این تصرف هم باید از ترکش بهتر باشد در حالی که فرقی به حال طفل ندارد، پس تبدیل دوم جایز نیست.

قوله: اما لو جعلنا: احتمال دوم:

بنا بر اینکه مراد از قُرْبُ معنای سوّم باشد ولی مراد از احسن، حسن باشد و مراد از حسن هم مالاّ مفسدة فيه باشد یعنی هر تصرفی که در آن مفسده و ضرری بحال طفل نباشد جایز است. طبق این احتمال تبدیل درهم به دینار جایز است زیرا گرچه مصلحت ندارد ولی مفسده هم ندارد و عدم مفسده کفایت می‌کند.

احتمال سوّم: قوله: و کذا لو جعلنا:

بنابر بر اینکه قرب به معنای چهار می‌باشد یعنی مطلق امور اختیاریّه‌ایکه در رابطه با مال یتیم باشد (اعم از افعال و تروک، افعال خارجی و تحریک مکانی یا افعال اعتباری و...) باید دارای مصلحت باشد یعنی هر فعل یا ترک را که اختیار می‌کنید باید از مقابل خودش و سایر تصرفات اصلح باشد تا مجوز داشته باشیم بنابر این احتمال نیز تبدیل درهم به دینار جایز است، زیرا از طرفی طبق این احتمال، ابقاء در هم به حال خودش و ترک تصرف در آن هم قُرْبُ است. و از طرفی دیگر فرض اینست که از روز اول آنکه مصلحت داشت قدر مشترک میان تبدیل به درهم یا به دینار بود، یعنی اصل تبدیل متاع به نقد رائج مصلحت داشت نه خصوص تبدیل به درهم یا خصوص تبدیل به دینار، و وقتی کلی و قدر جامع، اصلح و انفع بود و ولی بدان امر شد و این کلی دو فرد داشت به حکم عقل

مخیر است هر فردی را انجام دهد، پس روز اول در اصل تبدیل به درهم یا دینار مخیر بود (تخیر ابتدائی) همین ملاک در ادامه نیز وجود دارد زیرا که الان ابقاء درهم و ترک تبدیل، یا تبدیل درهم به دینار هر کدام قُرْب به معنای چهارم می باشند و هیچکدام از دیگری احسن نیست. پس استدامه هم مخیر است. (تخیر استدامه ای) و می تواند از فردی به فرد دیگر عدول کند، زیرا فرقی به حال یتیم ندارد (گرچه برای تصرف کننده فرق داشته باشد و حفظ دینار آسانتر باشد و...) و لذا مخیر است.

ان قلت:

چرا نظیر همین تخیر ابتدائی و استمراری را در رابطه با معنای سَوَم قرب، نگفتید؟ طبق آن معنا هم، ولی طفل روز اولی مخیر بود که متاع را به درهم یا به دینار تبدیل (تخیر ابتدائی) آنگاه در ادامه نیز مخیر باشد بین ابقاء و تبدیل به دینار (تخیر استمراری)؟

قوله: قلت:

جواب اینست که: طبق معنای سَوَم فقط تصرفات وجودی مطرح بود و اینکه فعلش از ترک آن و سایر افعال ارجح باشد و ترک تصرف را شامل نبود و فرض اینست که تصرف وجودی و تبدیل در هم به دینار به صلاح یتیم نیست و اولویتی ندارد، پس مجوزی برای تبدیل دوم نیست. ولی طبق معنای چهارم تصرف عدمی و به تعبیر بهتر: ترک تصرفات نیز قُرْب است و باید قرب بالئی هی احسن باشد و در ما نحن فیه ابقاء درهم بر حال خودش با تبدیل آن به دینار فرقی ندارد و مساوی است و کسی نمی تواند بگوید: معیناً ابقاء ارجح است یا معیناً تبدیل احسن است. و وقتی هر دو از این حیث مساوی بودند، جای تخیر است.

قوله: لکن الانصاف:

اگر قُرْب به معنای چهارم باشد نتیجه همان است که آوردیم (جواز تبدیل درهم به دینار) ولی انصاف اینست که: معنای چهارم نسبت به معنای سَوَم مرجوح است زیرا قرب شامل ترک تصرف و ابقاء مال بر حال خودش، نمی شود و به قرینه مناسبت حکم و موضوع، حمل بر تصرفات وجودی شد. و نتیجه معنای سَوَم روشن شد که تبدیل جایز نیست مگر أَحْسَن به معنای حَسَن و آنهم به معنای عدم مفسده باشد. آری اگر غرض و منظور شارع را بخواهیم بفهمیم که به چه منظوری این نهی را فرموده؟ و احتمال قوی

دادیم که منظور این باشد که هر گونه دخل و تصرفی و فعل و ترکی در رابطه با مال یتیم باید اَحْسَنِ مطلق باشد (از ترک آن یا از فعل دیگر) وگرنه جایز نیست. نتیجه معنای چهارم و جواز تبدیل است. ولی تحصیل غرض شارع صرف حدس و گمان و مظنه است و پشتوانه‌ای ندارد و به خاطر این امر ظنی نتوان از ظهور عرفی در معنای سوّم که بناء عقلاء پشتوانه آن می‌باشد، صرفنظر و رفع ید نمود. پس ما معنای سوّم را برای قُرْب و معنای دوّم را برای اَحْسَنِ اختیار می‌کنیم و نتیجه‌اش عدم جواز تبدیل دراهم به دینار است که گذشت.

قوله: نعم:

تا به حال به حکم اصل عدم ولایت... و به حکم آیه ولاتقربوا... با معنای مختار از کلمه قرب و احسن، نتیجه این شد که غیر پدر و جدّ از سایر اولیای تصرّف حتماً باید مراعات مصلحت را بنمایند و تنها در این فرض تصرّفات آنها نافذ است و اگر مصلحت نداشت نافذ نیست، گرچه مفسده هم نداشته باشد. ولی در این فراز مرحوم شیخ به مطلب مذکور تبصره‌ای زده و می‌فرمایند: از برخی روایات استفاده می‌شود که مناط حرمت تصرّف ضرر است یعنی اگر تصرفی به ضرر یتیم باشد جایز نیست که مفهومش اینست که: اگر به ضررش نبود جایز است مطلقاً یعنی چه به نفع یتیم باشد و چه نه به نفع باشد و نه به ضرر، نه اینکه مناط جواز تصرّف وجود منفعت باشد که نتیجه‌اش این شود که: پس اگر منفعت نبود تصرّف جایز نیست مطلقاً چه مفسده باشد و چه نه مصلحت و نه مفسده، و بالجمله منظور شیخ اعظم اینست که: به حکم پاره‌ای از روایات وجود مصلحت لازم نیست و عدم مفسده کافی است (همانطوری که در ولایت پدر و جدّ نیز شیخ اعظم همین رأی را داشتند و عدم مفسده را کافی دانستند). و آن روایات عبارتند از: ۱- روایت حسنّه کاهلی: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: ما برادری در خانه ایتام داریم که گاه و بیگاه برای دیدن او به دارالایتام می‌رویم، و بر روی فرش آنان می‌نشینم، از آب آشامیدنی آنان می‌نوشیم، خادم یتیمان (مقداری و قتش را برای ما صرف کرده و به ما) خدمت می‌کند، و گهگاهی در آنجا غذا می‌خوریم در حالی که در آن غذا از طعام ایتام نیز موجود است. حال نظر مبارک شما در این باره چیست؟

حضرت دو جمله شرطیه فرمود: ۱- ان کان فی دخولکم علیهم منفعة لهم فلا بأس

۲- و ان کان فیہ ضرراً فلا^۱ در اینکه منظور از این دو جمله چیست؟ احتمالاتی وجود دارد که نخست از باب مقدمه باید به معنای کلمه نفع و ضرر اشاره کنیم: در معنای آندو و چهار احتمال وجود دارد:

۱- هر دو دارای معنای وجودی باشند: نفع یعنی فایده و مصلحت داشتن، و ضرر یعنی مفسده داشتن.

۲- هر دو معنای عدمی داشته باشند: نفع یعنی عدم المفسده و ضرر یعنی عدم النفع.

۳- نفع معنای وجودی داشته باشد: یعنی فایده و مصلحت داشتن ولی ضرر به معنای عدم النفع باشد.

۴- نفع دارای معنای عدمی باشد؛ یعنی عدم الضرر ولی ضرر معنای ایجابی داشته باشد یعنی مفسده داشتن با حفظ این نکته، مرحوم شیخ می فرماید: استدلال به این حدیث بنا بر همین احتمال اخیر است که نفع دارای معنای عدمی باشد و منظور امام علیه السلام اینست که: اگر رفتن شما به دارالایتام و ورود شما بر آن به حال آنان نافع است یعنی ضرری به آنها وارد نمی شود بلکه به موازات طعامی که مصرف کرده اید، عوض می پردازید (نه بیشتر تا معنای وجودی شود). در این صورت ورود و استفاده شما از مال ایتام بلامانع است. ولی اگر رفتن شما بدانجا مضر است یعنی از غذای آنان تناول می کنید ولی به موازات آن یا اصلاً چیزی نمی پردازید و یا کمتر از مقداری که مصرف کرده اید می پردازید که در هر حال به آنان ضرر می زنید، این تصرفات شما جایز نیست. و طبق این احتمال میان صدر و ذیل حدیث یعنی دو جمله شرطیه هیچ تهافتی دیده نمی شود بلکه کاملاً سازگارند و ملاک همان نبودن مفسده است که اگر نباشد جایز است و اگر باشد جایز نیست ولی مرحوم صاحب جواهر هر دو جمله شرطیه را وجودی و ثبوتی معنا کرده یعنی هم نفع را به معنای مصلحت داشتن معنا کرده (به این نحو که اگر چیزی از مال ایتام مصرف می کنید دو یا چند برابر به آنها کمک می کنید و به سود آنها تمام می شود) و ضرر را به معنای مفسده داشتن معنا کرده (که در احتمال قبلی هم همین معنا بود). سپس فرموده: این دو جمله شرطیه با یکدیگر تنافی دارند زیرا شرطیه اولی می گوید: اگر ورود

شما به صلاح ایتم باشد و کمک شایانی بدانها بکنید، مانعی ندارد. مفهوم شرط آنست که: پس اگر ورود به مصلحت آنها نباشد، جایز نیست از طعام آنها بخورید مطلقاً یعنی چه به ضرر آنها باشد و چه نه فایده داشته باشد و نه ضرر (به اینکه فقط به اندازه طعامی که خوردید، عوض بدهید) و شرطیه دومی می‌گوید: اگر ورود شما به ضرر آنها باشد و غذای آنها را بخورید و کمتر از مقدار قیمت را بدهید یا اصلاً ندهید جایز نیست. مفهومش اینست که: پس اگر ورود به ضرر نباشد جایز است مطلقاً چه به نفع آنها باشد و یا مجرد عدم مفسده باشد. آنگاه هر دو جمله شرطیه در مورد عدم مفسده و منفعت تعارض می‌کنند و جمله اول یا صدر می‌گوید: چون منفعت ندارد جایز نیست و ذیل می‌گوید: چون مفسده ندارد جایز است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: روایت ظهور ندارد در اینکه منفعت به معنای ایجابی و مصلحت داری باشد تا تنافی پیدا شود بلکه به معنای عدم مفسده است و با جمله بعدی منافاتی ندارد همانگونه که توضیح دادیم. و نتیجه گرفتیم. (بنابر احتمال دوم که هر دو معنای عدمی داشته باشد مثل معنای وجودی باز تنافی هست. و بنابر احتمال سوم هم نتیجه این است که: اگر به مصلحت بود تصرف جایز است و اگر به مصلحت نبود جایز نیست. و مطابق با آیه واصل می‌شود و با نَعَمْ و تبصره‌ای که آوردیم تناسبی پیدا نمی‌کند. البته همین احتمال قویتر است زیرا ضرر را عدمی معنا کردن آسانتر است تا نفع را به عدم مفسده تفسیر کنیم.)

۲- روایت ابن مغیره: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: من برادر زاده‌ای داریم که یتیمه (دختر بچه یتیم) است و نزد ما زندگی می‌کند و گهگاهی چیزی را برای او هدیه می‌آورند و ما از آن هدایا استفاده می‌کنیم و بعد عوض آن را از مال خودمان به طفل می‌دهیم و بینی و بین آله می‌گوییم: هذا بهذا یعنی این در مقابل آن طعامی که مصرف کردیم. این چه حکمی دارد؟ امام فرمود: «لا بأس» یعنی اشکالی ندارد.^۱

کیفیت استدلال: امام علیه السلام در مقام جواب تفضیل نداد و فرمود که: اگر طعامی که در عوض می‌دهید زیاده‌تر باشد اشکال ندارد و اگر به اندازه باشد اشکال دارد بلکه بطور مطلق فرمود: «لا بأس» و ترک استفصال مفید عموم است و هر دو فرض مساوات و زیاده

را شامل است و تنها فرض نقیصه قطعاً خارج است و اشکال دارد. پس ملاک عدم مفسده است چه مصلحت داشته باشد یا نه.

قوله: الا ان یحمل:

مگر کسی به استدلال مذکور اشکال کرده و بگوید: منظور امام فرض وجود مصلحت است ولی اینکه تفصیل نداد از باب حمل بر غالب است که غالباً چیزی که به کودک یتیم هدیه می شود یا غذای پخته و آماده بوده یا میوه و سایر خوراکیها می باشد که زود فاسد می شوند، و به صلاح طفل است که کسی آنها را مصرف کند و در عوض میوه تازه به بچه بدهد، پس مورد حدیث از مواردی است که تصرف در مال یتیم مصلحت دارد و به صلاح حال طفل است و لذا امام علیه السلام فرمود: «لا بأس». و این روایت دلیل بر کفایت عدم مفسده نمی شود بلکه دلیل بر مراعات مصلحت است که از اصل و آیه مستفاد بود و این روایت تبصره ای بر اطلاق و عموم اصل و آیه نیست.

قوله: و هل یجب:

تا به حال سخن در اصل لزوم مراعات مصلحت بود و اینکه آیا مراعات مصلحت شرط جواز و نفوذ تصرفات فقیه یا مؤمن عادل است؟ یا عدم مفسده کفایت می کند؟ رأی مشهور این شد که باید مصلحت باشد وگرنه تصرفات آنان نافذ نیست. اینک بحث دیگری مطرح است که بر مبنای مشهور اگر امر دائر شد میان صالح و اصلح (یعنی تصرفی به مصلحت یتیم است ولی تصرف دیگر بیشتر به صلاح او است، مثلاً اجاره دادن منزل یتیم انفع است از فروختن آن) آیا بر اولیاء تصرف واجب است که اصلح را مراعات کنند؟ یا می توانند به صالح هم اکتفا کنند؟

شیخ اعظم می فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد، و سپس عنان سخن را بدست با کفایت شهید اول در قواعدهش می سپارند و بیان دو وجه را به کلام ایشان حواله می دهند: شهید در قواعد نخست این بحث را عنوان کرده که آیا بر ولی واجب است که مصلحت طفل را مراعات کند و هر تصرفی که می کند حتماً به نفع طفل باشد؟ یا عدم المفسده کفایت می کند؟ فرموده: محتمل است بگوییم: مراعات مصلحت لازم است و سه دلیل بر آن اقامه کرده:

۱- ولی اصلاً از سوی شارع برای همین جهت (مراعات مصلحت) نصب گشته و

هدف از منصوب کردن او، همانا مراعات مصالح طفل است و اگر مراعات نکند نقض غرض لازم می آید.

۲- اگر ولی در تصرفاتش مراعات مصلحت را بنماید حتماً تصرفش نافذ است ولی اگر رعایت نکند شک می کنیم که آیا تصرف او نافذ است یا نه؟ آیا بدین وسیله مال یتیم از ملک یتیم خارج و به مشتری منتقل می شود یا نه؟ (آیا بر این تصرف هم ولایت دارد یا نه؟) (از اصل عدم نفوذ تصرف و اصل عدم نقل و انتقال و اصل فساد در معاملات و اصل عدم ولایت) و اصل بقاء مال بر ملک یتیم که همان استصحاب باشد، استفاده می کنیم پس باید مراعات مصلحت بنماید.

۳- نقل و انتقال مال یتیم که یک فعل وجودی است و از ولی صادر می شود و در عالم اعتبار تحقق می یابد حتماً باید دارای غایت و هدفی باشد و امور عدمی صلاحیت ندارند که غایت امر وجودی باشند (زیرا میان وجود و عدم سنجیتی نیست) و عدم مفسده امر عدمی است، پس نمی تواند غایت و مقصد باشد بناچار باید یک امر وجودی منظور شود (آنهم یا مفسده است یا مصلحت، اولی قطعاً نیست و احدی نگفته که هدف مفسده و ضرر برای طفل باشد پس معیناً باید) هدف مصلحت طفل باشد. (احتمال دوم را که مراعات مصلحت لازم نباشد، متعرض نشده و شاید دلیل آن اصل عدم اشتراط مصلحت باشد)

سپس جناب شهید فرموده: بنابر این احتمال که رعایت مصلحت لازم شد، آیا بر ولی واجب است که در میان تصرفات دقت و کاوش نموده و آن را که از دیگران اصلح و انفع به حال طفل است برگزیند؟ یا تحرّی و جستجوی اصلح لازم نیست و می تواند به مطلق مصلحت و اصل مصلحت اکتفا کند (و لو در مقایسه با غیر، اصلح نباشد)؟ در این رابطه دو وجه است:

۱- نعم یعنی آری مراعات اصلح لازم است، و دلیل آن همان سه دلیلی است که برای اصل مراعات مصلحت آوردیم

۲- لا یعنی خیر مراعات اصلح لازم نیست، زیرا جستجوی اصلح به جائی ختم نمی شود و نامتناهی است چرا که روی هر تصرفی دست بگذاریم احتمال این که تصرف بهتری باشد یا بلحاظ زمان و مکان تصرفات بهتری وجود داشته باشد، وجود دارد و به

نتیجه‌ای نمی‌رسیم پس نباید اقدامی بکنیم.

سپس فرموده: و علی کل تقدیر یعنی چه مراعات اصلح لازم باشد و چه مطلق مصلحت کافی باشد، اگر بدون زحمت و کوشش، فی الحال یعنی در حال حاضر و هم اکنون دو تصرف در پیش روی ولی بود که یکی اصلح و دیگری صالح بود، حتماً باید اصلح را مراعات کند و حق ندارد به صالح اکتفا کند. (مثالش را بعداً شیخ اعظم خواهد آورد).

در پایان جناب شهید برای اصل مطلب که آیا مراعات مصلحت لازم است؟ یا عدم مفسده کافی است؟ دو ثمره فقهی ذکر کرده است:

۱- باب اخذ به شفعه: یتیمی با کبیری در مال غیر منقولی (باغ، منزل، مزرعه و...) بطور مشاع شریک و سهمیم هستند، پس از مدتی شریک سهمش را به فرد ثالثی فروخت و ولی طفل اخذ به شفعه کرد، و فرض هم این باشد که این اخذ به شفعه نه به ضرر طفل است و نه به نفع او، در اینجا اگر ملاک، وجود مصلحت باشد چنین اخذ به شفعه‌ای باطل است، ولی اگر ملاک، عدم مفسده باشد این اخذ به شفعه صحیح و نافذ است.

۲- باب تزویج مجنون: زن گرفتن برای مرد مجنون اگر مفسده داشته باشد صحیح نیست، و اگر مصلحت داشته باشد صحیح است ولی اگر نه مفسده دارد و نه مصلحت، باید گفت: این تزویج بر مبنای لزوم مراعات مصلحت باطل است و بر مبنای کفایت عدم مفسده صحیح است. پایان سخنان شهید اول^۱

قوله: و الظاهر:

مرحوم شیخ اعظم طرفدار تفصیل هستند و می‌فرمایند: گاهی انجام کار اصلح در مقابل ترک تصرف از ریشه است یعنی امر دائر است که مال یتیم را به حال خود ابقاء کند و در آن تصرفی نکند و یا کاری را که اصلح است انجام دهد، در این فرض انجام کار اصلح واجب نیست و می‌تواند کلاً ترک تصرف کند. بنابر این اگر مال یتیم در اختیار ولی است و تجارت کردن با آن به نفع یتیم است و خیلی هم به سود او است آیا واجب است؟ خیر آنجا واجب نیست و می‌تواند ترک کند و مال را به حال خود بگذارد. سر مطلب همان است که در معانی گوناگون قُرب گذشت و ما معنای سوّم را برگزیدیم و قُرب را به معنای

تصرّفات وجودی دانستیم، طبق این معنا اگر ولی بخواهد تصرّفی انجام دهد و امرش دائر باشد میان یکی از چند کار و بعضی اصلح باشند باید همان را انجام دهد، ولی اگر امر دائر باشد میان فعل و ترک و فعل اصلح باشد، انجام آن واجب نیست و حقّ ترک دارد. آری اگر قُرْب به معنای چهارم باشد که مطلق افعال و تروک اختیاری را می‌گیرد و دلالت می‌کند که هر امری أَحْسَن و اصلح بود باید همان را اختیار کند، در اینجا فعل اصلح است و حقّ ترک ندارد ولی ما این معنا را نپذیرفتیم به بیانی که گذشت.

قوله: نعم:

تا به حال فرض بر این بود که ترک هم به ضرر یتیم نیست ولی فعل اصلح است و گفتیم: ترک جایز است. ولی اگر بگونه‌ای بود که ترک تصرّف مفسده داشت و موجب ضرر و زیان یتیم و هلاکت مال او می‌گردد البته ترک حرام است و باید به سراغ فعلی از افعال برود. ولی مادامی که ترک به ضرر نباشد حرام نیست ولو فعل اصلح باشد.

قوله: واما:

وگاهی همانطوری که در تبصره قبلی اشاره شد، ترک تصرّف و ابقاء مال به حال خودش مفسده دارد و ما هم معتقدیم که بر ولی واجب است مال یتیم را از هلاکت حفظ کند (گرچه این هلاکت و مفسده از ناحیه او نباشد) و حتماً باید کاری انجام بدهد و در این فرض امر دائر باشد میان اصلح و صالح و برخی از تصرّفات از بعضی دیگر انفع باشند، ما هم معتقدیم که به حکم ظاهر آیه (که کلمه أَحْسَن دارد و افعال تفضیلی است و منحصر در همین کرده) عدول از اصلح و أَحْسَن به صالح و حَسَن جایز نیست (البته اگر احسن به معنای دومش یعنی أَحْسَن مطلق باشد ولی اگر به معنای چهارم یعنی ما لامفسده فیه باشد، عدول بلامانع است). نه تنها عدول جایز نیست، بلکه گاهی سفیهانه و نابخردانه است و عدول از اصلح عرفاً افساد (فاسد و تباه کردن مال یتیم) محسوب می‌شود، فی المثل در بازار یا مغازه‌ای مال یتیم را به ده درهم خریداری می‌کنند ولی در جای دیگر که انتقال مال به آنجا چندان مؤونه و مخارجی هم ندارد به بیست درهم خریداری می‌کنند، پر واضح است که فروختن مال یتیم در بازار اول، هلاک و تباه کردن مال او است و اگر عاقلی چنین کند، دیگر عقلاء وی را سفیه قلمداد می‌کنند و می‌گویند: او دارای ملکهٔ اصلاح مال نیست و صلاحیت ولایت ندارد.

قوله: نعم:

البتہ گاهی ہم عدول سفیہانہ نیست، فی المثل در این شهر متاع یتیم را بہ ہزار تومان خریداری می کنند و در شهر دیگر ہزار و دویست تومان، ولی بہ ہمین نسبت باید مخارجی را متحمل شود و از مال یتیم کرایہ بدهد و تازہ یقین داشتہ باشد کہ بہ مال یتیم آسیبی نمی رسد و عوامل طبیعی و غیر طبیعی موجب خسارت نمی شوند و... در چنین فرضی عدول از اصلح بہ صالح عرفاً سفیہانہ نیست و می تواند در ہمین شهر بفروشد، و لکن ظاہر آیہ کہ اطلاق دارد و فرمودہ: «لا تقربوا الّا بالتی ہی احسن»، آن است کہ عدول جایز نیست و بیع در بلد دیگر و انتخاب اَحْسَن واجب است. (البتہ اگر عسر و حرجی برای ولی نداشتہ باشد).

مسأله اسلام مشتری

یکی دیگر از شروط و متعاقدين متعاملين آن است که: شخصی که عبد مسلمان به او منتقل می‌شود و به ملک او در می‌آید (چه در بیع، چه هبه، چه ارث، چه صلح و...) چه به عنوان ثمن (اگر عبد مسلم را ثمن چیزی قرار دهند) و چه به عنوان مثن (اگر به عبد مسلم را مثن قرار داده و بفروشند) حتماً باید مسلمان باشد، بنابر این نقل و انتقال عبد مسلمان به شخص کافر صحیح نیست، و چنین معامله‌ای باطل است. (البته در معاملات عموماً اسلام مشتری شرط نیست و معامله با کافر هم بلامانع است ولی در خصوص عبد مسلمان و مصحف که در مسأله بعدی خواهد آمد، کسی که این چیزها به او منتقل می‌شوند باید مسلمان باشد.) و برای این شرط دلایل عدیده‌ای ذکر شده:

۱- شهرت فتوائیه: مرحوم شیخ در ادامه خواهند فرمود: ما خود تحصیل شهرت کرده‌ایم و رأی اکثر فقهاء ما همین است. علامه هم در تذکره همین را مدعی شده است.^۱

۲- اجماع منقول: سید بن زهرة در کتاب غنیه ادعای اجماع کرده است^۲ و تنها علامه در تذکره فرموده: بعضی از علماء ما مخالفت کرده‌اند و اسلام را شرط ندانسته‌اند^۳ و ابن جنید اسکافی هم در باب بیع مصحف که مسأله بعدی است عبارتی دارند که دالّ بر وجود مخالفت است و خواهد آمد.^۴ پس فی الجمله ادعای اجماع هم شد.

۳- قیاس ابتدابه استدامه: گفته‌اند: از روایات متفرق استفاده می‌شود که استدامه و بقاء عبد مسلم به ملک کافر جایز نیست، یعنی اگر عبد کافری نزد مولای کافر مسلمان شد و مولای کافر بلافاصله مرد و عبد مسلم به ورثه کافر او منتقل شد، ورثه را ملزم می‌کنیم تا عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشند و حق ندارند نزد خود ابقاء کنند و یا اگر هنوز مولای کافر زنده است خودش را مجبور به بیع می‌کنیم حال اگر بقائاً و استدامه عبد مسلمان در ملک مولای کافر باقی نمی‌ماند و باید از ملک او خارج شود، پس حدوداً و

۲- غنیه، ص ۲۱۰.

۴- به نقل علامه در مختلف، ص ۴۲۲، ج ۵.

۱- تذکره، ج ۱، ص ۴۶۳.

۳- تذکره، ج ۱، ص ۴۶۳.

ابتدائاً نیز عبد مسلمان به ملک کافر در نمی آید و چنین معامله ای نافذ نیست. شبیه باب نکاح که اگر مرد و زن کافری با یکدیگر ازدواج کرده اند سپس زن مسلمان شد نکاح بهم می خورد و بقائاً در قبالة زوجیت او نیست، یا اگر مرد مسلمان مرتد شد باز زن مسلمان از او جدا می شود، پس ابتدائاً هم نکاح مرد کافر با زن مسلمان جایز نیست. پس در این استدلال حکم حدوث و ابتدا به حکم بقاء و استدامه قیاس شده است.

۴- استرقاق و استعباد و برده بودن نوعی سبیل و سلطه از کافر بر مؤمن است و به حکم آیه شریفه کافران بر مؤمنان سبیل و سلطه ندارند، «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» پس کافر نمی تواند مالک مسلمان شود و او را برده خویش سازد و بر او سلطه پیدا کند.

۵- حدیث نبوی مشهوری که به صورت مرسل در کتب فقهای امامیه نقل شده و ضعف سندش با عمل اصحاب و استناد آنان به این حدیث در موارد عدیده، جبران می شود، و آن اینست که: «الاسلام يعلو ولا يُغْلَى عليه»^۲ یعنی اسلام علو و برتری دارد و چیزی بر او علو ندارد. حتی به حکم این حدیث فرموده اند: دیوار خانه کافر هم نباید از دیوار خانه مسلمان بلندتر باشد، و بلکه حتی نباید مساوی هم باشد و حتماً باید کوتاهتر و پایین تر باشد. حال اگر در این موارد جزئی به حدیث نبوی ﷺ استناد روا باشد پس در امثال ما نحن فیه (که نقل و انتقال عبد به کافر و مالکیت کافر بر او باشد) به طریق اولی به این حدیث می توان استناد کرد. پس کافر نمی تواند بر مسلمان علو و برتری داشته باشد و مالک مسلمان شود.

قوله: لكن الانصاف:

ادله مشهور را دیدیم و در ادامه نیز به بعض دیگر از روایات استناد خواهند کرد، ولی مرحوم شیخ می فراید: اگر از اجماع منقول ابن زهره و شهرت فتوائیه محصله و نیز استناد مشهور بلکه همه فقهاء به آیه نفی سبیل، چشم پوشیم (این نشانه احتیاط شیخ اعظم است که در برابر فتوای مشهور بایستد و به صراحت مخالفت کند). باید بگوییم که استدلالهای مذکور (قیاس، آیه، حدیث) خالی از اشکال نیست.

۱- سورة نساء / ۱۴۰.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۷۶، باب اول حدیث ۱۱.

اما داستان مقایسهٔ ابتداء به استدامة: از آنجا که قیاس در مذهب ما باطل است، نخست مرحوم شیخ در صدد توجیه بر آمده و قیاس مذکور را از نوع قیاس تنقیح مناطی درست می‌کند (تنقیح مناط عبارتست از این که: شارع حکمی را در موضوعی بفرماید و ما الغاء خصوصیت کرده و بگوییم: این حکم مختص به آن مورد نیست. در موضوع دیگر هم همین حکم جاری و ساری است مثلاً شارع از بیع غرری نهی کرده ولی ما اجاره و صلح غرری را هم به آن ملحق می‌کنیم به مناط این که اگر جهل باشد نزاع بر پا می‌شود، برای قطع مادهٔ فساد و نزاع شارع نهی کرده از غرر چه در بیع و چه غیر بیع، البته اهل سنت هم تنقیح مناط دارند با این تفاوت که ما تنقیح مناط قطعی را حجت می‌دانیم ولی آنان تنقیح مناط ظنی را هم قبول دارند.) و سپس در صدد رد آن بر می‌آیند. اما توجیه: نهایت چیزی که در رابطه با موجه ساختن این قیاس می‌توان گفت آن است که: استدامة و بقاء خصوصیتی ندارد تا بگوییم: تنها بقائاً مسلمان در ملک کافر نمی‌ماند و حدوداً را کاری ندارد، بلکه فلسفهٔ عدم بقاء مسلم بر ملک کافر عبارتست از عدم رضای شارع مقدس بر این امر، و نهی شارع از این امر، و همین مناط در اصل وجود و حدود ملکیت هم هست یعنی شارع راضی نیست که مسلمان به ملک کافر در آید پس به مناط عدم رضای شارع بر مالکیت کافر نسبت به مسلم می‌گوییم: نه بقائاً و استدامةً چنین چیزی جایز است و نه حدوداً و ابتداءً.

(تنظیر: مولائی به عبدش دستور می‌دهد که فلانی را از منزل اخراج کن، این امر به اخراج نشانهٔ عدم رضایت مولی به ماندن فلانی در منزل است. پس به همین مناط از ابتدا هم اگر خواست وارد شود نباید اجازهٔ ورود بدهیم. یا شارع می‌فرماید: «ازل النجاسة عن المسجد»، یعنی اگر مسجدی آلوده به نجاست شد. باید ازاله شود و نباید نجاست در مسجد بماند، پس به همین مناط از اول هم نباید کسی مسجد را نجس کند و اذخال نجاست در مسجد بنماید).

قوله: ولکن:

و اما رد و ابطال قیاس: (صرف نظر از اینکه آیا مناط مذکور در مورد اصل و مقیس علیه قطعی است؟ و آیا مناط در فرع و مقیس هم موجود است؟ می‌گوییم:) ما فرع زائد بر اصل نداریم، و وقتی چیزی را به چیزی قیاس می‌کنیم هر حکمی مقیس علیه داشت

مقیس هم خواهد داشت و در ما نحن فیه عدم رضای مولی به حدوث ملکیت تابع عدم رضای او به بقاء بر ملکیت است. حال باید دید عدم رضای مولی بر بقاء و استدامه عبد مسلم در ملک کافر چگونه است؟ آیا مجرد عدم رضای تکلیفی است؟ (بدین معنا که به مجرد مسلمان شدن عبد، ملکیت کافر باطل نمی شود بلکه ملکیت باقی است ولی کافر را ملزم می سازند که عبد مسلمان را به مسلمین بفروشد.) یا اینکه عدم رضای وضعی است؟ (یعنی شارع مقدس بقاء عبد مسلمان بر ملک کافر را اصلاً امضاء نکرده و به مجرد اینکه عبد مسلمان شد خود به خود ملکیت منفسخ می شود و عبد از ملک کافر خارج و آزاد می گردد.) قطعاً این عدم رضا به بقاء از نوع اول است نه از نوع دوم، حال عدم رضای شارع به حدوث ملکیت هم از این قبیل است یعنی صرفاً یک نهی تکلیفی است نه اینکه وضعی باشد و بر عدم امضاء معامله دلالت کند، پس منافاتی ندارد که اصل معامله وضعاً صحیح و مؤثر باشد ولی پس از آن کافر را ملزم می سازند به اینکه عبد مسلمان را به مسلمان بفروشد. پس مشهور از این قیاس طرفی نیستند.

قوله: وَمَا ذَكَرْنَا:

از پاسخی که به قیاس مذکور دادیم، جواب دلیل دیگری از ادله مشهور، واضح می گردد: مشهور به نصّ وارده از امام علی (علیه السلام) در مورد عبد کافری که مسلمان شده تمسک کرده اند: از امام علی (علیه السلام) سؤال می شود: عبد کافری نزد مولای کافری بوده و حالا عبد مسلمان شده چه باید کرد؟ امام سه جمله دارند:

۱- اذهبوا فبیعوه من المسلمین «یعنی بروید و عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشید، چه مولای کافر راضی باشد یا نه».

۲- و ادفعوا ثمنه الی صاحبه «یعنی پس از فروش، بهای عبد را به مولای کافر بدهید».

۳- ولا تقروه عنده^۱ «یعنی حق ندارید عبد مسلمان را نزد کافر باقی و مستدام بدارید».

کیفیت استدلال: به دو جمله از این حدیث می توان استناد کرد:

(۱- جمله سوم که مستقیماً با قیاس مذکور مربوط می شود ولی شیخ اعظم آن را متعرض نشده، و کیفیت استدلال همان کیفیت قیاس است که نهی از قرار و ابقاء و استدامه کرده و به همان مناط حدوث و دخول در ملک هم جایز نیست. و جواب ما همان است که از قیاس مذکور دادیم).

۲- جمله اول: امام فرمود: عبد را به مسلمانان بفروشید و قید مسلمانان را آورد با اینکه در مقام بیان بود و اصل در قید هم احترازی بودن است و مفهومش آن است که: پس به غیر مسلمانان نباید بفروشید (امر به شیئی مقتضی نهی از ضد است) و چنین نهی دال بر فساد است. مرحوم شیخ می فرماید: تخصیص بیع به مسلمین نه به خاطر آن است که: بیع به کفار باطل است بلکه بخاطر این است که: غرض و داعی مولی از این امر به بیع (فبیعه) و نهی از ابقاء عبد مسلمان در دست کافر (که از امر به شیئی فهمیده می شود) آن است که عبد مسلمان در تحت سلطنت کافر نماند و کماکان اسیر و ذلیل نباشد، و اگر آن را به کافر دیگری بفروشیم این غرض حاصل نشده و ناچار باید مجدداً از کافر دیگر هم به دیگری بفروشیم و تا به مسلمان فروخته نشود مقصود حاصل نمی شود، از این روی امام رحمته الله علیه قید کردند که به مسلمانان بفروشید، نه اینکه بیع به کفار از ریشه باطل باشد. پس این جمله هم دلیل بر بطلان بیع نیست.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: وقتی با بیع به کافر دیگر غرض حاصل نمی شود و ناگزیر باید مجدداً و بلا فاصله به مسلمان فروخته شود، پس بیع عبد مسلمان به مولای کافر سفیهانه است و معامله سفهی هم باطل است.

قوله: و اما الآیه:

یکی از ادله مشهور آیه نفی سبیل بود که گفتند: ملکیت مسلمان در دست کافر هم نوعی سبیل است و به حکم آیه هر سبیلی منفی است پس ملکیت هم منفی است. مرحوم شیخ می فرماید: باب خدشه و اشکال در رابطه با آیه واسع است یعنی از جهاب عدیده قابل مناقشه است و سه جهت عمده را متعرض می شوند:

۱- اشکال بر دلالت خود آیه فی نفسه: (یعنی با قطع نظر از روایات وارده در تفسیر آیه و با قطع نظر از آیات معارض) (اولاً بعید نیست که مراد از سبیل، سبیل خارجی باشد

که کفار و مشرکین بر مسلمانان و بلاد اسلامی سلطه داشته باشند آنگونه که در بعضی از بلاد اسلامی هم اکنون نیز چنین است. و بنابر این آیه ربطی به ملکیت که یک امر اعتباری است ندارد.)

ثانیاً سیاق و آهنگ آیه بگونه‌ای است که قابل تخصیص نیست. (زیرا هم کلمه لَنْ دارد که برای نفی ابد است یعنی هیچگاه خداوند برای کافران بر مؤمنان سبیل قرار نداده، و هم کلمه مؤمنین آمده که نشانگر آن است که تمام العلة و المناط در حکم مذکور در آیه همانا ایمان است و اگر علت تامه شد حکم و معلول از او جدا نیست پس محال است که مؤمن باشد و شارع برای کافری بر او جعل سبیل کرده باشد) آنگاه اگر منظور از آیه نفی ملکیت باشد ناگزیر خواهیم بود از اینکه آیه را به مواردی تخصیص بزنیم و آن مستثنیاتی است که در ادامه همین مسأله تحت عنوان ثم انه قد استثنی... خواهد آمد، در حالی که سیاق آیه آبی از تخصیص بود، پس باید بر معنایی حمل کنیم که قابل تخصیص نباشد، و آن معنا بزودی از زبان شیخ اعظم خواهد آمد.

ثانیاً آیه مذکور به قرینه ما قبلش که می‌فرماید: «وَاللّٰهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^۱ سپس می‌فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۲ مربوط به قیامت است و در جهان آخرت کافران بر مؤمنان سبیل نخواهند داشت (وگرنه در دنیا که اینهمه کفار بر مؤمنان سلطه پیدا می‌کنند و در طول تاریخ سبب اذیت و آزار آنها شده و می‌شوند.) و بنابر این ربطی به امور دنیوی و مسأله ملکیت اعتباری در این عالم ندارد. (البته جای بسی شگفتی است که مرحوم شیخ صدر آیه یا ما قبل آیه را قرینه بر اختصاص این آیه به روز قیامت می‌گیرند، در حالی که خود این آیه یک منشور بین المللی است و تأمین‌کننده شرف و استقلال مسلمانان در این عالم است.

۲- قوله: وَاخْرٰی:

اشکال اوّل که سه ایراد شد مربوط به نفس آیه بود با قطع نظر از امور خارجی، ولی اشکال دوّم با مراجعه به تفسیر آیه در بعضی از روایات است: در بعض روایات وارده از اهلبیت (علیهم السلام) سبیل را به حجّت تفسیر کرده یعنی کافران در این دنیا از حیث حجّت و منطق

هیچکدام بر مؤمنان مسلط و چیره نبودند، بلکه این مؤمنان بودند که علی الدوام سبب افحام خصم بودند، این ابراهیم خلیل الرحمان بود که نمرود را محکوم ساخت و به قول قرآن: «فُتِّهِتِ الَّذِي كَفَر»^۱ این موسای کلیم و عیسای مسیح و جناب خاتم الانبیاء ﷺ بودند که با منطقی قوی و قویم و متقن، خصم خویش را به زانو در می آوردند، و این امام رضا ﷺ بود که دانشمندی ادیان گوناگون را محکوم می کرد و... (و به قول مرحوم آقای خوئی: فالمراد من الآية هو نفی تفوق حجة الكافر على حجة الاسلام كما خاطب النبي الاكرم ﷺ اهل الجاهلية مراراً: هل لكم من سلطان و بينة و حجة؟ و قد نطق بذلك القرآن المجيد في موارد عديدة و الروايات المتكثرة و ان الكافرين كلما طالبوا عن النبي ﷺ من البيئات فاتا هم و لكنهم عجزوا عن مقاومته بالجح و البيئات.^۲)

و آن بعض روایات عبارتست از روایتی که در عیون اخبار الرضا از امام رضا ﷺ نقل شده: قيل به يعنى الرضا ﷺ: انّ فى سوار الكوفة قوماً يزعمون انّ الحسين بن على ﷺ لم يُقتل، و انه ألقى شبهه على حنظلة بن اسعد الشامي «او الشيباني»، و انه رفع الى السماء كما رفع عيسى بن مريم ﷺ و يحتجون بهذه الآية و لن يجعل الله للكافرين على مؤمنين سبيلاً. فقال: كذبوا عليهم غضب الله و لعنته، و كفروا بتكذيبهم النبي ﷺ فى اخباره بانّ الحسين ﷺ سيقتل و الله لقد قتل الحسين بن على ﷺ و قُتل من كان خيراً من الحسين ﷺ امير المؤمنين و الحسن بن على ﷺ، و ما منّا الا مقتول و اتى و الله لمقتول بالسّم با غتيال من يغتالنى^۳

یعنی دسته ای در اطراف کوفه بودند و معتقد بودند که خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان مسلط نخواهد کرد و اصلاً در قضا و قدر الهی چنین چیزی مقدر نشده و لذا می گفتند امام حسین ﷺ کشته نشده بلکه خداوند حنظلة بن اسعد شامی یا شیبانی را به شکل امام در آورد و مردمان او را کشتند... و برای این پندار به آیه نفی سبیل تمسک می کردند. امام رضا در جواب آنان فرمود: اینان دروغ می گویند: خشم و نفرین الهی بر آنان باد، آنان با تکذیب پیامبر ﷺ ره کفر پیمودند، پیامبر خبر داده که حسین بن علی ﷺ کشته خواهد شد و بهتر از او که پدر و برادرش باشد کشته شدند، و هر یک از ما

۲. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۸۵ - ۸۶.

۱. سورة بقره / ۲۵۸.

۳. عیون اخبار الرضا، ج ۲، ص ۲۰۳.

شامل نشود، بلکه به اطلاقش ببع عبد مسلمان به شخص کافر را هم شامل می‌شود و بر مالک شدن کافر نسبت به عبد مسلمان دلالت می‌کند.

و نیز آیه وجوب وفا به عقود (او فوا بالعقود) هم به عمومش عقدی را که میان مسلمان و کافر یا دو مسلمان یاد و کافر منعقد می‌شود آنهم متعلق عقد عبد مسلمان باشد یا چیز دیگر، همه را شامل است و بر وجوب وفا به هر عقدی که (صدر من اهله و وقع فی محله دلالت دارد و وجوب وفا فرع بر صحت و افاده ملکیت است، پس به حکم این عموم نیز کافر می‌تواند مالک عبد مسلمان شود.

و نیز اطلاق آیه تجارت «لا تأکلوا اموالکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ» ملاک حلیت اکل و تصرف را تجارت ناشی از تراضی طرفین قرار داده و قید نکرده که حتماً از دو مسلمان صادر شود، به اطلاقش هر تجارتی (ولو عبد مسلمان باشد) از هر کسی که صادر شود (ولو از کافر) را شامل است و بر ملکیت آن دلالت می‌کند.

و نیز عموم حدیث (الناس مسلطون علی اموالهم) دلالت دارد که مردمان بر مال خویش سلطنت مطلقه دارند و از شؤون و شُعب سلطنت تامه آنست که: پس می‌توانند آن را به کافر هم بفروشند یا هبه کنند و یا هر تملیک دیگر و باز هم بر جواز تملک کافر، دلالت دارد.

حال مفاد آیه نفی سبیل اینست که: کافر نمی‌تواند عبد مسلمان را مالک شود و مفاد چهار دلیل مذکور آنست که: کافر می‌تواند مالک عبد مسلمان شود آنگاه عموم آیه نفی سبیل با این اطلاقات و عمومها تعارض می‌کند. و تعارض از نوع عموم و خصوص من وجه است زیرا معاملات فراوانی را اطلاقات و عمومات مذکور شامل می‌شود و ربطی به آیه نفی سبیل ندارد، چون معامله میان دو مسلمان است یا یک مسلمان و کافر یا دو کافر ولی نه نسبت به عبد مسلمان بلکه نسبت به متاع دیگر، و نیز امور فراوانی را آیه نفی سبیل می‌گیرد و ربطی به عمومات صحت ندارد، مثل سایر سبیل‌ها و سلطه‌های کفار بر مسلمانان غیر از ملکیت، ماده اجتماع آندو در تملیک عبد مسلمان به شخص کافر است که آیه نفی سبیل، آن را نفی می‌کند و عمومات، آن را اثبات می‌کنند و در اینجا تعارض دارند. نتیجه تا اینجا: پس آیه نفی سبیل سلیم از معارض نیست تا مشهور بتواند بدان استناد کند.

قوله: و حکومت:

اگر کسی به حمایت از مشهور بگوید: در مادهٔ اجتماع آیه نفی سبیل بر عمومات صحت حکومت دارد و دلیل حاکم بر دلیل محکوم مقدم است و باید در مادهٔ اجتماع به این آیه عمل کنیم، در جواب می‌گوییم: چنین حکومتی معلوم نیست زیرا ضابطهٔ حکومت آن است که: دلیل حاکم ناظر به دلیل محکوم باشد و از آغاز برای تفسیر آن به نحو توسعه یا تضییق وارد شده باشد بگونه‌ای که اگر دلیل محکوم نبود دلیل حاکم از ریشه لغو و بیهوده بود، و این مناط در ما نحن فیه نیست زیرا با نبود ادلهٔ صحت هم آیه نفی سبیل لغو نیست و سبیل که منحصر به ملکیت نیست بلکه سلطهٔ کافران بر مؤمنان در هر شأنی از شؤون را شامل است. پس حکومتی نیست و کماکان تعارض است.

قوله: و اباء:

گویا کسی می‌گوید: صرف تعارض درست کردن، نتیجهٔ مطلوب را نمی‌دهد؛ زیرا هدف شما این است که: ادلهٔ صحت بیع را مقدم بدانید و حکم به صحت نمایید. و این در صورتی است که مادهٔ اجتماع را از عموم آیه نفی سبیل خارج کرده و به عمومات صحت بدهید و در حقیقت آیه نفی سبیل را تخصیص بزنید، در حالی که سیاق آیه با توجه به کلمه «لَنْ» آبی از تخصیص است (به بیانی که قبلاً گذشت) و در اصول فقه گفته‌اند که هرگاه یکی از دو عامین من وجه آبی از تخصیص بود باید همان را حفظ کنیم و عام دیگر را تخصیص بزنیم، پس باید مادهٔ اجتماع را به آیه نفی سبیل داده و حکم به عدم ملکیت کافر نسبت به عبد مسلمان بنمائیم و عند المعارضه این آیه نفی سبیل است که برنده است، وانگهی بر فرض که هر دو دسته متعارض و متکافئ باشند باز می‌گوییم: تعارضاً و تساقطاً و به اصل عملی رجوع می‌شود و اصل در معاملات فساد و بطلان و عدم ترتب اثر است، پس باید حکم به بطلان بیع عبد مسلمان به مولای کافر بنماییم که باز به نفع مشهور است و به ضرر شما.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: با توجه به اینکه اگر آیه نفی سبیل را تعمیم داده و شامل ملکیت هم بدانیم و بگوییم: خداوند برای کافر بر مؤمن جعل ملکیت نکرده و کافر مالک مسلمان نمی‌شود، ناگزیر خواهیم بود که عموم آیه را به مواردی تخصیص بزنیم، زیرا در مواردی بقائاً و استدامهٔ شخص کافر مالک عبد مسلمان هست. (آنجا که به

ارث مالک شده یا عبد کافری نزد مولای کافر مسلمان شده که تا اجبار به بیع نشده و بیع به مسلمان صورت نگرفته کماکان ملک کافر است) و در مواردی هم حدوثاً و ابتدائاً کافر می تواند مالک عبد مسلم شود (و این موارد در ادامه به صورت مستثنیات خواهد آمد). پس بر فرض تعمیم آیه به ملکیت، چاره ای نخواهیم داشت مگر از تخصیص.

از طرفی هم چنانکه مکرر گفته آمد، سیاق آیه آبی از تخصیص است و به هیچ وجه تخصیص بردار نیست، لذا بهتر آن است که بگوییم: آیه نفی سبیل ملکیت را شامل نیست و مراد از سبیل ملکیت نیست بلکه مراد سلطنت است، یعنی مانعی ندارد که کافر مالک عبد مسلمان بشود و لکن بر فرض مالکیت هم مسلط بر آن مال نیست بلکه محجور از تصرف است و مجبور به بیع به مسلمان است. و اگر آیه نفی سبیل را به نفی سلطنت تفسیر کردیم با عمومات صحت منافاتی نخواهد داشت زیرا ادله صحت و لزوم می گوید: معامله صحیح است و کافر مالک عبد مسلمان می شود و آیه نفی سبیل می گوید: ولی این مالک از آن مالکهای است که سلطنت و اختیار تصرف ندارد و محجور است و منافاتی هم میان آندو نیست. پس بدین وسیله میان دو دسته ادله جمع کردیم و منافات از بین رفت.

قوله: و هذا وان اقتضى:

گویا کسی می گوید: اگر ما آیه نفی سبیل را بر نفی سلطنت حمل کنیم لازمه اش آن است که: عموم «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لا یحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه»، «لا یجوز لا حدان یتصرف فی مال اخیه الا باذنه» و... تقیید شود و بگوییم: همه جا مردم بر مال خویش مسلط هستند مگر در مورد مالک کافر نسبت به مملوک مسلمان، آنگاه امر دائر است میان اینکه آیه نفی سبیل را بر نفی ملکیت حمل کنیم و بعد بگوییم: نسبت به مواردی حدوثاً یا بقاءً تخصیص خورده است و یا آن را بر نفی سلطنت حمل کنیم و بدین وسیله عموم الناس مسلطون و... را تخصیص بزنیم، و وجهی ندارد که شما دوّمی را انتخاب کنید، چرا اوّلی را انتخاب نکنید؟

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: از آنجا که عمومات سلطنت و لا یحل مال امرء مسلم... چندین بار تخصیص خورده اند و ما در عالم مالکهای فراوانی داریم که محجور از تصرف هستند و حق تصرف ندارند از قبیل صغار، مجانین، سفهاء، مفلسین، غایبین،

راهن و... و عمومات مذکور به این موارد تخصیص خورده‌اند، به قول اصولیین عامی که چند بار تخصیص خورد، تضعیف می‌شود و مانعی ندارد که یک بار دیگر هم به ما نحن فیه (مالک کافر نسبت به عبد مسلمان) تخصیص بخورد و بگوییم: این مالک هم محجور است. ولی بر خلاف عموم آیه نفی سبیل که آبی از تخصیص است و با کلمه کن دلالت دارد که اصلاً نه در گذشته و نه در آینده سبیلی برای کفار بر مؤمنان جعل نشده است و احترام مؤمن هم همین را ایجاب می‌کند، روی این محاسبه حمل آیه بر نفی سلطنت و در نتیجه تخصیص عموم «الناس مسلطون» توسط این آیه آسانتر است از حمل آیه بر نفی ملکیت و بدنبال آن تخصیص خود آیه نفی سبیل به مواردی که ابتدائاً یا استدامه ملکیت ثابت است.

قوله: مضافاً:

راه دیگری هم برای اثبات صحت بیع عبد مسلمان به مولای کافر داریم و آن عبارتست از: استحباب صحت به ضمیمه عدم قول به فصل، بیان ذلک: در پاره‌ای از موارد مستقیماً استصحاب صحت جاری است:

۱- مولایی قبلاً مسلمان بود و در آن مدت بیع عبد مسلم به او جایز بود، ولی فعلاً این مولی مرتد و کافر شده است و شک می‌کنیم که باز هم بیع و تملیک عبد مسلم به او صحیح است یا نه؟ از استصحاب صحت استفاده می‌کنیم.

۲- عبدی قبلاً کافر بوده و در زمان کفر تملیکش به کافر صحیح بوده ولی حالا مسلمان شده و شک در بقاء صحت تملیک داریم، از استصحاب بقاء صحت استفاده می‌کنیم.

و در برخی موارد از راه عدم فصل حکم را ثابت می‌کنیم و آن نیز دو مورد است:

۱- مولایی که از اوّل کافر بوده و کماکان به کفرش باقی است و ضدّ آن حالت برایش حادث نشده، الان شک داریم که بیع عبد مسلمان به او جایز است یا نه؟ می‌گوییم: کسی از فقهاء میان کافر اصلی و کافر عرضی فرق نگذاشته بلکه اگر تملیک به کافر جایز است باید به هر دو جایز باشد وگرنه به هیچکدام جایز نیست و از آنجا که به کافر عرضی به برکت استصحاب صحت، جایز بود پس به کافر اصلی هم جایز است.

۲- عبدی است که از اوّل مسلمان بوده و کماکان به اسلامش باقی است، باز شک در

صحت بیع او به کافر داریم و می‌گوییم: کسی میان مسلمان اصلی و عرضی فرق نگذاشته و چون بیع مسلمان عرضی (تازه مسلمان) صحیح بود به حکم استصحاب، پس بیع مسلمان اصلی هم صحیح است به حکم عدم الفصل پس به برکت استصحاب به ضمیمه عدم الفصل صحت بیع را ثابت کردیم.

قوله: و لا یعارضه:

اگر کسی بگوید: ما در هر چهار مورد از اصالۃ الفساد (استصحاب عدم ترتب اثر) استفاده کرده و حکم به بطلان می‌کنیم. مرحوم شیخ می‌فرماید: جای این اصل نیست، زیرا در دو مورد که حالت سابقه صحت دارد و جای استصحاب صحت است نه اصالۃ الفساد، و در دو مورد دیگر هم اگر مقتضی برای صحت نبود و یا مشکوک بود، جای اصالۃ الفساد بود ولی مقتضی موجود است و آن وجود ملازمه و عدم الفصل و یا اجماع است که ایندو صورت را به آندو صورت ملحق می‌کند و با وجود اینها شکّی در فساد نداریم تا جای اصالۃ الفساد باشد. پس استصحاب صحت بر استصحاب فساد مقدم است.

قوله: فتأمل:

مرحوم شهیدی چهار وجه برای آن ذکر کرده است:

- ۱- شاید اشاره باشد به اینکه در دو صورت اول هم جای استصحاب صحت نیست زیرا موضوع عوض شده چون عنوان اسلام و کفر به عنوان موضوعیت در حکم اخذ شده‌اند و تا دیروز مولی مسلمان بود بیع صحیح بود ولی حالا کافر شده یا تا دیروز عبد کافر بود و قابل بیع به کافر بود ولی حالا مسلمان شده و موضوع عوض شده و سرایت دادن حکم موضوعی به موضوع دیگر از باب استصحاب نیست بلکه از نوع قیاس است.
- ۲- شاید اشاره باشد به اینکه: استصحاب صحت در مثل ما نحن فیه بر اصالت فساد مقدم نیست زیرا مورد استصحاب صحت دو فرض اول بود و مورد اصالۃ الفساد دو فرض دوم بود و تنافی به ضمیمه عدم الفصل بود، آری اگر هر دو بر مورد واحدی وارد شوند استصحاب صحت مقدم است.
- ۳- اینجا جای عدم فصل نیست و عدم فصل مخصوص حکم واقعی است و شامل حکم ظاهری مفاد اصل نمی‌شود.

۴- شاید اشاره به دقت مطلب مذکور باشد که اینجا اصالۃ الفساد واقعاً مقتضی ندارد تا جاری شود به بیانی که گذشت.

قوله: ثم ان:

همانگونه که از عنوان مسأله هم پیدا بود (نقل و تملیک عبد مسلم به کافر نه خصوص بیع آن) بحث اختصاص به بیع و تملیک بیعی ندارد بلکه از نظر مشهور مطلق تملیک عبد مسلمان به کافر صحیح نیست چه به بیع باشد یا به هبه کردن یا مصالحه یا وصیت کردن و... از اسباب مملکه، زیرا ادله مشهور در تمام اینها جاری و ساری است. (نکته: مرحوم شیخ مناقشه حدیث «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» را ذکر نکردند ولی روشن است و آن اینکه: حدیث می‌گوید: اسلام به عنوان یک دین و مکتب از حیث منطق و برهان و استحکام بر سایر ادیان علو دارد و مغلوب نمی‌شود نه اینکه مسلمان هم از هر حیث علو و برتری داشته باشد و معلو نباشد (خیر فراوان می‌بینیم که مسلمانان در برابر کفار مغلوبند و کفار بر آنها علو و سلطه و سیل دارند و از حیث مغالطه در احتیاج هم مسلمانان را محکوم می‌کنند).

قوله: و اما تملیک المنافع:

به نظر مشهور تملیک خود عبد مسلمان به کافر جایز نبود چه به نحو بیع و شراء باشد یا هبه یا صلح یا وصیت و... ولی تملیک منافع عبد مسلمان به کافر چه حکمی دارد؟ (ضمناً عنوان تملیک منافع کلی است و هر یک از اجاره و هبه و صلح و وصیت بر منافع را شامل می‌شود ولی از میان همه مصداق اکمل تملیک منافع را که اجاره باشد عنوان می‌کنند) ضمناً بحث یک بحث کلی است و اختصاص به عبد مسلمان ندارد و حرّ مسلمان را نیز شامل می‌شود و کلاً کلام در این است که: اجیر شدن مسلمان (حرّ باشد یا عبد) برای کافر جایز است یا نه؟

در این باره چهار قول وجود دارد که به ترتیب متن، ذکر می‌کنیم:

۱- استیجار و اجیر کردن مسلمان از سوی کافر، صحیح است و اجاره باطل نیست آنهم مطلقاً یعنی چه اجاره عبد مسلمان باشد و چه حرّ مسلمان، و نیز چه اجاره بر عین

باشد و چه بر ذمه. مستفاد از علامه در تذکرة^۱ و شیخ طوسی در نهایه^۲ و خلاف^۳ همین قول است.

۲- اگر اجاره بر عین خارجی شخصی واقع شود و معیناً فرد مسلمانی برای کافر اجیر شود، این اجاره باطل است ولی اگر اجاره بر ذمه واقع شود صحیح است (فرق اجاره بر عین با اجاره بر ذمه آن است که: در اجاره بر عین اگر اجیر فلان کار متعلق اجاره را انجام ندهد مستأجر خود عین خارجی را امساک می کند خواه اسب باشد یا ماشین یا عبد مسلمان یا حرّ مسلمان و تا انجام ندهد او را آزاد نمی کند ولی در اجاره بر ذمه هدف اصل انجام کار است چه از شخص اجیر بالمباشرة صادر شود و چه از او بالتسبیب صادر شود و وقتی به ذمه آمد مثل دَین می ماند و همانطوری که قرض گرفتن از کافر جایز است و کسی نگفته که این استیلاء کافر بر مسلمان است و گر نه حضرت علی علیه السلام از یهودی قرض نمی گرفت همچنین اجاره بر ذمه نیز جایز است) و ضمناً لا فرق میان حرّ و عبد مسلمان، و این قول از حواشی شهید اول و جامع المقاصد محقق ثانی و مسالک شهید ثانی مستفاد است.

۳- اگر مسلمانی که اجیر کافر می شود، انسان حرّ باشد اجاره صحیح است و اگر عبد باشد اجاره باطل است و این قول از ظاهر شهید اول در دروس مستفاد است.

۴- عدم جواز مطلق یعنی کلاً مسلمان نمی تواند اجیر کافر شود چه عبد و چه حرّ، چه اجاره بر عین و چه بر ذمه، و این قول مستفاد از قواعد و ایضاح است.

مرحوم شیخ می فرماید: از این چهار قول، قول دوم اظهر است، زیرا اگر اجاره بر عین خارجی باشد و شخص مسلمان اجیر شود که مباشرتاً فلان کار را برای کافر انجام دهد، این سلطه و سبیل است از کافر بر مسلم و آیه می فرمود: لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. ولی اگر اجاره بر ذمه و کلی باشد و مسلمان اجیر مختار باشد که خودش انجام دهد یا دیگری را اجیر کند برای خیاطت ثوب و غیره چنین اجاره ای مثل دَین می ماند و سبیل برای کافر بر مسلمان نیست و لذا اشکالی ندارد. ضمناً فرقی ندارد که مسلمانی که اجیر می شود عبد باشد یا حرّ باشد و ظاهر اطلاق کثیری از فقهاء مثل

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۳، فرع پنجم.

۲. نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۴۵۷.

۳. خلاف، ج ۳ ص ۱۹۰، مسأله ۳۱۹.

علامه در تذکره شهید در حواشی، محقق ثانی در جامع المقاصد همین است. بلکه شیخ طوسی در کتاب خلاف فرموده: میان فقهاء در این مسأله خلافتی نیست آنجا که فرموده: اگر کافری مسلمانی را (این کلمه اطلاق دارد و هر یک از حرّ و عبد را شامل است) برای کاری اجیر کند ولی به نوع اجاره بر ذمه (نه بر عین) این اجاره صحیح است و کسی در آن مخالف نیست. سپس فرموده: و اگر کافری مسلمانی را برای مدّتی اجاره کند مثلاً یک ماهه یا یک ساله اجیر کند که در ظرف این مدّت فلان کار را انجام دهد (فرض جائی است که کار را در ظرف ده روز انجام می دهد ولی یکماه به او فرصت داده شده که باز مختار است که ده روز اوّل باشد یا دوّم یا سوّم یا مختلف و مختلط) باز نزد ما امامیه اجاره صحیح است. (از این کلمه عندنا فهمیده می شود که در فراز قبلی که فرمود: بلا خلاف منظور نفی خلاف میان همه مسلمانان است).

فخر الدین در ایضاح مدّعی شده: از اّمّت اسلامی نقل نشده که میان قرض گرفتن از کافر با اجیر شدن برای کافر به نحو اجاره بر ذمه، فرقی قائل شده باشند بلکه همگی متفقاً این استیجار را تجویز می کنند. بر خلاف قواعد علامه و ظاهر ایضاح که فرموده اند: اجاره مطلقاً ممنوع است (چه بر عین و چه بر ذمه) به این دلیل که استیجار سبیل و سلطه است از کافر بر مسلمان و خداوند در آیه، هر نوع سبیل و سلطه را نفی کرده است. شهید اوّل در دروس میان عبد مسلمان و حرّ مسلم تفصیل داده و فرمود: اوّلی نمی تواند اجیر کافر شود ولی دوّمی می تواند.

سؤال: از کجای کلام شهید این تفصیل مستفاد است؟

جواب: از آنجا که اوّل فرموده: اجاره عبد مسلم به شخص کافر ممنوع است مطلقاً (بر عین یا ذمه) سپس فرموده: ولی فاضل (علامه) آن را تجویز کرده، سپس فرموده: لابد مراد علامه اجاره حرّ مسلمان است و این را تجویز می کند نه اجاره عبد مسلمان را (از این تفسیر آن تفصیل مستفاد است)

مرحوم شیخ می فرماید: و فیه نظر: این تفسیر شهید ناتمام است زیرا ظاهر کلام علامه در تذکره آن است که اجاره عبد مسلم به کافر جایز است مطلقاً (ولو بر عین باشد) پس نتوان گفت: منظور علامه جواز اجاره حرّ مسلم است.

قوله: نعم:

شاید بتوان تفصیل شهید را به این نحو توجیه کرد که: اگر عبد مسلمان اجیر کافر شود، کافر مستأجر و کار فرما بر او ید و سلطه پیدا می کند «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»، ولی اگر حرّ مسلمان اجیر شود، کافر بر عین او که ید ندارد (چون عین خارجی حرّ و آزاد است و ملک نیست که ید بر او پیدا شود) بر منافع او نیز ید ندارد (چون ید بر منفعت تابع ید بر عین است) بویژه اگر این مبنا را اختیار کنیم که اجاره حرّ با اجاره عبد این فرق را دارد که اجاره عبد تملیک منفعت او است ولی اجاره حرّ تملیک انتفاع است نه منفعت (یعنی مستأجر مالک چیزی نیست و فقط حقّ انتفاع دارد و انتفاع برای او مباح است مثل میهمانی که حق دارد از طعام میزبان استفاده کند ولی مالک طعام نیست). که در این فرض به طریق اولی کافر بر مسلمان ید و سلطنت پیدا نمی کند و لذا اجاره اش بلا مانع است.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اولاً در مورد اجاره حرّ هم ید بر منفعت هست و از این حیث فرقی با عبد ندارد، و بالجملة در هیچکدام ید بر عین نیست و در هر دو ید بر منفعت هست، پس باید حکم آندو مساوی باشد ثانیاً اینکه اجاره حرّ تملیک انتفاع باشد نه تملیک منفعت صحیح نیست زیرا در این صورت فرقی میان عاریه و اجاره نخواهد بود در حالی که اینها دو باب و از دو مقوله هستند و قطعاً فرق دارند. و ثالثاً بر فرض که اجاره حرّ تملیک انتفاع باشد ولی باز هم ید و سلطه هست زیرا بالاخره کافر حقّ انتفاع دارد و خود این سبیل است. پس اگر اجاره بر عین باشد مطلقاً باطل است چه عبد چه حرّ ولی اگر بر ذمه باشد مطلقاً صحیح است.

قوله: واما الارتهان:

آیا گرو گذاشتن عبد مسلمان نزد کافر در ازاء مقداری وام که از او می گیرد، جایز است؟ در این باره هم چهار وجه وجود دارد:

۱- گرو گذاشتن جایز است مطلقاً (در قبال تفصیلی که خواهد آمد) این قول از ظاهر کلام علامه در نهایة الاحکام مستفاد است.

۲- جایز نیست مطلقاً، این قول از قواعد علامه و ایضاح فخر الدین مستفاد است.

۳- قول به تفصیل: اگر عبد را نزد خود کافر گرو بگذارند صحیح نیست چون کافر بر او یَد و استیلاء پیدا می‌کند و جایز نیست. ولی اگر نزد فرد ثالثی که مسلمان است و مورد وثوق راهن و مرتهن است گرو بگذارد صحیح است. زیرا در این فرض کافر بر مسلمان یَد و سلطه ندارد و حدّ اکثر می‌تواند در فرض تأخیر در پرداخت وام، از مسلمان امین بخواهد که او عبد را بفروشد و پول کافر را بدهد وگرنه خودش سبیل ندارد. این قول از ظاهر مبسوط و قواعد و ایضاح در کتاب رهن و جامع المقاصد و مسالک مستفاد است.

۴- عده‌ای هم مردّد شده و توقف کرده‌اند و ندانسته‌اند که آیا ارتهان جایز است یا خیر؟ و مستفاد از علامّه در تذکره همین است.

مرحوم شیخ قول سوّم را که تفصیل بود تقویت می‌کنند به همان دلیلی که ذکر شد.

قوله: و اما اعارته.

عاریه دادن عبد مسلمان به فرد کافر آیا جایز است یا خیر؟ شیخ می‌فرماید: بعید نیست که جایز نباشد و نظر علامّه در قواعد، محقق ثانی در جامع المقاصد و شهید در مسالک همین است بلکه شهید اوّل در حواشی فرموده: عاریه دادن و ودیعه گذاشتن عبد مسلمان نزد کافر ممنوع است و بلکه از گرو گذاشتن هم منعش قویتر است. مرحوم شیخ می‌فرماید: نسبت به عاریه سخن شهید تامّ است و اقویّ منعاً است از ارتهان، زیرا در ارتهان فعلاً وظیفه حفظ و نگهداری است و حقّ تصرف ندارد ولی در عاریه از اوّل حقّ انتفاع دارد و این مسلماً سبیل بر مسلمان است و منفی است. ولی نسبت به ودیعه ناتمام است زیرا هم رهن و هم ودیعه در این جهت مشترک می‌باشند که مرتهن یا ودّعّی باید در حفظ آنها بکوشد و آنها را حفظ کند با این تفاوت که در رهن حق دارد ممانعت کند و اجازه ندهد که مالک اصلی یا راهن، آن را بفروشد و هر تصرفی از مالک باید به اذن مرتهن باشد و نیز اگر راهن دینش را نداد، مرتهن حق دارد او را مجبور به بیع کند تا حقّش را وصول کند ولی در ودیعه این چیزها نیست، و لذا این رهن است که منعش قویتر از ودیعه است نه ودیعه از رهن، علامّه در تذکره هر دو را تجویز کرده (عاریه ودیعه)

قوله: و ممّا ذکرنا:

آیا کافر می‌تواند عبد مسلمان را بر کافر دیگر و هم کیش خودش وقف کند؟ می‌فرماید: از مطالب گذشته دانستیم که این وقف صحیح نیست، زیرا موقوفّ علیه که کافر است بر

این موقوفه که عبد است سبیل و سلطه پیدا می کند و «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا». (نکته: در تمام این فروعی که تحت عنوان اجاره، رهن، عاریه، ودیعه و وقف مطرح شد، مرحوم شیخ بر مسلک مشهور بحث کردند و گرنه بر مسلک خودشان بیع عبد مسلمان به کافر هم جایز بود تا چه رسد به رهن و اجاره و... که به طریق اولی جایز خواهد بود.)

قوله: ثم ان:

اینکه مشهور در عنوان مسئله فرموده اند: بیع یا تملیک عبد مسلمان به شخص کافر... تا به حال بحث حکمی مسئله تمام شد و اما بحث موضوعی در عنوان مسئله دو کلمه باید تبیین شود: ۱- منظور از کافر کیست؟ ۲- منظور از مسلمان کیست؟ اما اولی: مراد از کافر هرکسی است که شرعاً به نجاست او حکم شده است چه کافر اصلی باشد که از اول غیر مسلمان بوده و یا کافر عرضی باشد که مرتد شده و از اسلام برگشته و جدیداً منکر همه چیز شده و چه برخی از فرق باشند که دارای نحله و دین اسلام هستند و خدا و رسول و قرآن را قبول دارند و از مسلمین بشمار می آیند ولی در فقه حکم به کفر آنها نشده و احکام کافران بر آنها بار شده از قبیل ناصبی ها (آن دسته از مخالفین که به ائمه علیهم السلام دشنام می دادند) غلات (آن دسته از موافقین که درباره ائمه علیهم السلام غلومی کردند و و هکذا مجسمه و مشبّه و...) عنوان مسئله تمام اینها را شامل است البتّه در صدر اسلام و زمان نزول آیه نفی سبیل، تمام این دستجات از کفار وجود خارجی نداشتند (نواصب نبودند، غلات نبودند و...) ولی این مهم نیست، زیرا مانعی ندارد که برخی از مصادیق کافر در زمان نزول آیه بوده و برخی بعداً پیدا شده اند و همان حکم را دادند. (قضایای شرعیّه به صورت قضایای حقیقیّه است که افراد محققه الوجود و مقدّرة الوجود را شامل می شود.) و لذا می بینیم که پیروان ابو حنیفه گفته اند: اگر مردی مرتد شد (ولو به این صورت که یکی از ضروریات دین را منکر شود، که چنین کسی در زمان نزول آیه نبوده) همسرش از او جدا می شود و برای این حکم به آیه نفی سبیل تمسک کرده و گفته اند زوج با ارتدادش کافر شد وزن مسلمان نباید در زیر دست او باشد. پس مانعی ندارد که برخی از مصادیق کافر بعداً حادث شده باشد.

قوله: و هل يلحق:

آیا اطفال کفار هم به خود کفار ملحق می‌شوند و در نتیجه آنها نیز نمی‌توانند مالک عبد مسلمان باشند؟ یا در حکم کفار نبوده و تملیک به آنان یا اجاره برای آنان محذوری ندارد؟ مرحوم شیخ سر بسته می‌فرماید: فیه اشکال یعنی الحاق مشکل دارد (و وجه اشکال این است که: مراد از کافر در عنوان مسأله آیا کافر حقیقی است؟ پس شامل اطفال نمی‌شود. و یا اعم از حقیقی و حکمی است؟ پس اطفال را نیز شامل است زیرا آنان هم در حکم پدران خود هستند و محکوم به احکام کافران هستند.)

قوله: و یعم:

و اما دومین کلمه در عنوان مسأله: آیا مراد از مسلمان، خصوص مسلمان شیعه مذهب است؟ یا اعم از شیعه و سنی است و همه فرق‌های مسلمین (غیر از نواصب و غلات و... که محکوم به کفر بودند.) را شامل است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: کلمه مسلم عام است و اهل سنت را نیز شامل می‌شود (و دلیل آن در ادامه خواهد آمد) و در نتیجه به فتوای مشهور تملیک عبد سنی مذهب به کافر صحیح نیست زیرا عبد سنی مسلمان است «صغری» و الاسلام یعلو و لا یعلی علیه «کبری» پس مملوک سنی مذهب بر کافر علو و برتری دارد و کافر نمی‌تواند مالک او شود. «نتیجه»

قوله: و المؤمن:

اگر کسی بگوید: در آیه نفی سبیل سخن از اسلام و مسلمان نیست و نفرموده: لن یجعل الله للکافرین علی المسلمین سبیلاً تا مسلمان سنی مذهب را هم شامل شود، بلکه سخن از ایمان و مؤمن است و نفرموده: لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلاً، و مؤمن فقط بر شیعه اثنا عشری اطلاق می‌شود و سنی مذهب را شامل نیست و از او نفی سبیل نکرده پس تملیک سنی به کافر صحیح است.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: درست است که در آیه کلمه مؤمنین آمده ولی در صدر اسلام و زمان نزول آیه نفی سبیل (و بلکه جمیع آیات قرآن) کلمه ایمان و اسلام یک معنا داشت و مسلمان و مؤمن یکی بود و هر دو به معنای اقرار به شهادتین بود و کسی که ظاهراً اقرار به شهادتین «شهادت به توحید و شهادت به رسالت رسول اکرم ﷺ» می‌کرد و قلباً هم بدان معتقد بود قرآن او را مؤمن می‌نامد و در آن زمان سخن

از شهادت به ولایت مطرح نبود، و اهل سنت (به استثنای ناصبی‌ها و منافقان صدر اسلام) چنین بوده و هستند یعنی مقرر به شهادتین هستند پس بر آنها هم مؤمن اطلاق می‌شود و مشمول آیه نفی سبیل هستند و تملیک آنها به کفار جایز نیست. (آری بعدها در زمان امام باقر و امام صادق علیه السلام مؤمن از مسلم جدا شد و مؤمن بر کسی اطلاق می‌شد که اقرار به ولایت هم داشته باشد و شیعه باشد و الان هم در فقه ما به همین معنا به کار می‌رود.)

قوله: و نفیه:

اگر کسی بگوید: در خود آیات قرآن میان مسلمان و مؤمن فرق گذاشته و فرموده: «قالت الاعراب اَمَّا قُلْ لَمْ تَوْنُوا وَلَكِنْ قَوْلُوا اسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْاِيْمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» یعنی اعراب بادیه نشینان گفتند: یا رسول الله ما به تو ایمان آوردیم، به آنان بگو: شما ایمان نیاورده‌اید و لکن بگوئید: اسلام آورده‌ایم و هنوز ایمان در دلهای شما وارد نشده است. ملاحظه می‌کنید که این آیه از اعراب ایمان را نفی می‌کند و می‌فرماید: «قُلْ لَمْ تَوْنُوا» و نیز «وَلَمَّا يَدْخُلْ...» ولی اسلام را اثبات می‌کند و می‌فرماید: «وَلَكِنْ قَوْلُوا اسْلَمْنَا»، پس معلوم می‌شود ایمان غیر از اسلام است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اولاً ایمان به معنای تصدیق قلبی است و نفی ایمان از اعراب بدان جهت است که آنها قلباً به آنچه به زبان می‌آوردند و اقرار می‌کردند، معتقد نبودند و تنها به زبان شهادتین می‌گفتند، و منظور از اثبات اسلام یعنی اسلام ظاهری و به زبان نه اسلام باطنی، پس آنان اسلام واقعی هم نداشتند ولی سنی مذهب به آنچه می‌گوید قلباً هم معتقد است و واقعاً خدا و رسول و معاد را قبول دارد. و ثانیاً آیه شریفه حتی از اعراب هم که تنها به زبان اقرار می‌کردند، به کلی نفی ایمان نکرده و نفرموده شما اصلاً مؤمن نیستید بلکه فرموده: ایمان شما ایمان خارج از قلب است و هنوز وارد قلب نشده، پس بر اهل سنت که اقرار زبانی و قلبی دارند مسلمان و مؤمن اطلاق می‌شود و مشمول آیه نفی سبیل هستند. (نکته: در اینکه مراد از اسلام و ایمان در آیه مذکور چه چیزی باشد؟ احتمالاتی وجود دارد: ۱- اسلام اعتقاد به اموری است که انکار آنها موجب کفر است مثل توحید و نبوت و معاد و ایمان اعتقاد به اموری است که انکار آنها موجب خروج از تشیع است مثل انکار عدل و امامت. ۲- اسلام اقرار زبانی به شهادتین

است و ایمان اقرار زبانی و اعتقاد قلبی همراه با معرفت و شناخت است ۳- اسلام اعتقاد غیر راسخ و ایمان اعتقاد راسخ است. ۴- اسلام مجرد اعتقاد است و ایمان اعتقاد همراه با عمل.

قوله: واما ما دل:

اگر کسی بگوید: ما روایتی داریم که بر کفر اهل سنت دلالت دارد^۱ و آنان را به علت اینکه منکر ولایت می باشند کافر محسوب کرده است و در نتیجه تملیک کافر به کافر محذوری ندارد.

مرحوم شیخ می فرماید: متقابلاً روایاتی هم داریم مبنی بر اینکه تمام احکام اسلام بر اهل سنت جاری است از قبیل: تناکح (زن دادن به آنها و زن گرفتن از آنان) توارث (ارث بردن شیعه از آنها و آنها از مورث شیعه) و محقون الدم بودن آنها (آنان مهدور الدم نیستند و کسی حق ندارد بی جهت متعرض آنان شود) و احترام اموال آنها (کسی حق تعدی به مال آنها ندارد) و این روایات می گوید: اسلام همان است که جمهور مردمان (اهل سنت) بر آن هستند.^۲ و برای نمونه روایت حمران بن اعین را نقل می کنیم: از امام باقر علیه السلام شنیدم که می فرمودند: ایمان آن است که در قلب آدمی مستقر شود و صاحبش را به سوی خدا بکشد، و عمل انسان و اطاعت او از الله و تسلیم بی قید و شرط بودن او در برابر اوامر الهی، آن ایمان را تصدیق کند (یعنی انسان مؤمن باید با عملش نشان بدهد که مؤمن است). و اسلام عبارتست از آنچه ظاهر و آشکار است از قول (شهادتین) و فعل (نماز خواندن، حج بجا آوردن و...) و اسلام همان قدر مشترکی است که همه فرقه ها برآیند و به برکت اسلام خونها محفوظ می ماند و ریختن آن روا نیست، و میراثها بر محور اسلام جاری است (وارث مسلمان از مورث مسلمان ارث می برد) و نکاح جایز و نافذ می شود (مسلمان از مسلمان زن بگیرد یا به او زن بدهد) و اسلام همان است که همه فرقه های اسلامی را در نماز و روزه و زکات و حج، جمع کرده است و بدین وسیله از کفر خارج و به ایمان نسبت داده شده اند... تا اینجا که راوی می گوید: پرسیدم آیا مؤمن بر مسلمان در فضائل (مستحبات) و احکام (تکالیف واجب و حرام) و حدود الهی و غیره

۱. وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۱۵۸، باب ۱۱. ۲. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۳۳، حدیث اول.

(دیات و قصاص و...) برتری دارد؟ امام فرموده: خیر در این جهات مساوی هستند ولی مؤمن بر مسلمان این فضیلت را دارد که عمل او ارزشمند است و او را به خدا نزدیک می‌کند و عمل صالحش بالا می‌رود و به خدا می‌رسد...^۱ و دسته اول از روایات قدرت مقاومت در برابر دسته دوم ندارد و باید دسته دوم را حفظ کرده و به ظاهر آنها اخذ کنیم و دسته اول را توجیه کنیم و یکی از توجیهات این است که:

المراد من الکفر ترتب حکمه علیه فی الآخرة و عدم معاملة المسلم معهم فيها، بل يعاقبون کالکافر و لا یتأب باعمالهم الخیرة الصادرة منهم فی الدنيا کالصلاة و غیرها^۲
پس اهل سنت هم محکوم به اسلام هستند و بیع مملوک سنتی به کافر جایز نیست.

قوله: و من جمیع:

از بحثهای که کردیم به این نتیجه می‌رسیم که خرید و فروش عبد مسلمان شیعه مذهب به مسلمان سنتی مذهب اشکالی ندارد زیرا کافر بر مسلمان سیل ندارد نه مسلمان بر مسلمان.

سؤال: آیا کنیز شیعه مذهب را می‌توان به فرد سنتی مذهب تملیک کرد یا نه؟
جواب: در رابطه با ازدواج زن شیعه مذهب با مرد سنتی مذهب روایاتی وارد شده که بر حرمت این ازدواج دلالت دارد و می‌گوید: «العارة لاتوضع الا عند عارف» آنگاه جا دارد کسی بگوید: اگر تزویج حرام باشد پس تملیک به طریق اولی حرام است. ولی مرحوم شیخ معتقد است که تزویج حرام نیست، پس وجهی برای حرمت تملیک کنیز شیعی به سنتی مذهب وجود ندارد و حق این است که تملیک جایز است ولو جاریه شیعه به مولای سنتی مذهب باشد.

قوله: ثم انه:

تا به حال اصل مسأله از نظر حکمی و موضوعی بررسی شد و از دیدگاه مشهور نقل و انتقال مملوک مسلمان به انسان کافر حرام شد و کافر مالک مسلمان نشد، حال از نظر همین مشهور، مواردی استثناء شده و تملیک مسلمان به کافر تجویز شده است:

۱. اصول کافی، ج ۲، ص ۲۶، حدیث ۵. ۲. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۹۴.

قوله: منها:

یکی از مستثنیات، موردی است که خریدن و مالک شدن کافر مستلزم اعتناق و آزادی قهری عبد مسلمان شود که چنین شرائی تجویز شده است و خریدنی که بدنبالش اعتناق باشد سه مصداق برایش ذکر شده‌اند که در حقیقت سه مورد از مستثنیات است:

۱- مملوک مسلمان از کسانی باشد که قهراً علیه مولای کافر منعق می‌شود و خود به خود آزاد می‌شود چه مولی راضی باشد یا نه و آن مالکیت عمودین یعنی پدر و مادر است که به محض خریدن و آناماً مالک شدن، اعتناق محقق می‌شود و ملکیت دوام و بقاء ندارد. حال بیع عبد مسلمانی که پدر یا مادر مولای کافر باشد، به خود کافر بلامانع است و خریدن او هم صحیح است و اعتناق قهری هم صورت می‌گیرد، ضمناً اعتناق واقعی است نه ظاهری.

۲- اعتناق ظاهری محقق شود و آن در موردی است که کافری اقرار کند که این آدم حرّ است و معذک او را از مولایش که مدّعی رقیّت است خریداری کند، باز به مجرد شراء اعتناق می‌آید و در ظاهر و به مقتضای اقرارش حکم به اعتناق می‌شود. و ملکیت کافر ادامه ندارد.

۳- کافری به مولای مسلمانی بگوید: «اعتق عبدک عتّی بکذا» یعنی عبد مسلمانان را از طرف من آزاد کن، که در اوائل بحث معاطات گفتیم: منظور این است که: اوّل عبد خودت را به من تملیک کن و سپس وکیل من هستی که آن را از طرف من آزاد کنی، مسلمان هم این کار را کرد باز این تملیک بلامانع است چون بدنبالش بلافاصله آزادی محقق می‌شود. این مثال را علامّه در تذکره آورده و جامع المقاصد و مسالک هم از ایشان پیروی کرده‌اند.

قوله: والوجه:

مرحوم شیخ وجه استثنای هر کدام از سه مورد را جداگانه بیان می‌کنند:
اما دلیل مورد اوّل: مجرد ملکیت آنّامائی و غیر مستقرّ که بلافاصله زایل می‌شود، سبیل و سلطه شمره نمی‌شود تا به حکم آیه نفی سبیل، ممنوع باشد، و اصولاً در این مورد ملکیت فرزند نسبت به پدر یا مادر موضوعیت ندارد و تنها مقدّمه و بهانه‌ای برای اعتناق است و چون سبیل نیست محذوری ندارد و بزرگانی از قدماء از قبیل صدوق در

من لا يحضره الفقيه، شیخ طوسی در نهاییه و ابن ادریس در سرائر قائل به جواز شده‌اند و بلکه ادعای اجماع کرده‌اند و علاوه بر اینها همه متأخرین نیز این نظر را دارند، ولی عدّه‌ای از قبیل شیخ طوسی در مبسوط و قاضی ابن برّاج در مهذب با مشهور مخالفت کرده و فرموده‌اند: شراء عمودین هم جایز نیست، به این دلیل که اصلاً کافر مالک مسلمان نمی‌شود تا اعتناق صورت پذیرد. و دلیلشان بر عدم تملک اینست که: اینان مجرد تملک را سبیل می‌دانند و می‌گویند: به حکم آیه این نیز منفی است و مجرد سیادت و مولی شدن را علوّ کافر بر مسلم می‌دانند و می‌گویند: «الاسلام یعلو و لایعلی علیه».

قوله: الا انّ:

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: انصاف این است که: که مجرد ملکیت یک آن و بدنالش اعتناق قهری، سبیل و سلطه نیست و هیچ اثری از آثار ملک بر آن بار نمی‌شود و تنها اثرش اعتناق است و وقتی سبیل نبود پس منفی هم نیست و چنین شراء و مالکیتی جایز است.

قوله: و مجرد:

اگر کسی بگوید: درست است که این مالکیت سبیل و سلطه نیست ولی منتّ که هست یعنی بعدها فرزند کافر بر پدر یا مادر مسلمان منتّ خواهد گذاشت که من شما را خریدم و شما آزاد شدید، آیا از این ناحیه اشکالی ندارد؟ در جواب می‌گوییم: (اولاً همه جا و به صورت موجبّه کلیّه منتّ نیست زیرا اگر کافر غافل بود و نمی‌دانست که پدرش را خریداری می‌کند و بعداً که کار از کار گذشت و اعتناق آمد متوجّه شد در اینجا منتّی ندارد، و پدر و مادر ممنون شارع مقدّس هستند که حکم به اعتناق آنها نموده نه ممنون فرزند کافرشان).

ثانیاً بر فرض که منتّ باشد ولی در اسلام منتّ که نفی نشده و آیه نفرموده: لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین منّ وگرنه قرض گرفتن هم اشکال داشت در حالی که سیره مستمرّه بر اقتراض مؤمن از کافر بوده، بلکه فرموده: لن یجعل... سیلاً، پس آنچه پیش می‌آید که منتّ گذاری باشد نفی نشده و آنچه نفی شده که سبیل باشد پیش نمی‌آید. پس باید حکم به صحّت شراء مذکور کرد و استثنای مذکور بجا است.

و اما دلیل مورد ثانی: مرحوم شیخ در اصل صحتّ شراء در مورد ثانی (اقرار به حریت) اشکال دارند و می‌فرمایند: ما علم اجمالی داریم به اینکه معامله مذکور در هر حال باطل و فاسد است چه کافر در اقرارش صادق باشد و واقعاً آن شخص مورد معامله حرّ باشد و چه کاذب باشد و واقعاً آن فرد عبد باشد، و دلیل فساد مطلق آن است که: اگر در واقع صادق باشد یکی از ارکان معامله مختلّ است که مبیع باید مالیت داشته باشد و حرّ مالیت ندارد و از این ناحیه معامله باطل است. و اگر کاذب باشد یکی از شروط متعاقدين مختلّ است که اسلام مشتری باشد و از نظر مشهور اسلام در این مورد شرط است. و وقتی شرط صحت نبود معامله هم نابود است پس در هر حال معامله فاسد است و نوبت به صحتّ و جواز شراء و استثنای آن نمی‌رسد.

قوله: الا ان:

صاحب حدائق فرموده: به چنین علم اجمالی نباید اعتنا کرد و ارزشی ندارد، بیان ذلک: گاهی در موارد علم اجمالی یک خطاب تفصیلی به قدر جامع هست مثلاً علم اجمالی داریم که یا این مایع نجس است یا آن مایع ولی هر کدام که باشد خطاب معینی بنام «اجتنب عن النجس» دارد. در اینگونه موارد علم اجمالی مؤثر است و باید احتیاط کرد و از هر دو اجتناب کرد. ولی گاهی در مورد علم اجمالی چنین خطاب تفصیلی نداریم و بلکه تردّد امر میان یکی از دو خطاب است مثلاً اجمالاً می‌دانیم که یا این مایع غضب است و یا آن مایع دیگر نجس است که اگر غضب باشد خطابش «لا تغصب» است و اگر نجس باشد خطابش «اجتنب عن النجس» است و چنین علم اجمالی ای وجودش کالعدم است و بدان اعتنا نمی‌شود. آنگاه ما نحن فیه از این قبیل است زیرا اگر در واقع آن شخص حرّ باشد خطاب «لا یملک الحرّ» می‌آید و اگر در واقع عبد مسلمان باشد خطاب «لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سیلاً» می‌آید و خطاب تفصیلی در کار نیست و لذا به این علم اجمالی اعتنا نمی‌شود و حکم به صحتّ شراء مذکور و استثنای آن می‌شود.

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: اولاً در علم اصول ثابت کردیم که: علم اجمالی مطلقاً مؤثر است و فرقی میان متفقّة الاطراف و مختلفة الاطراف نیست. و ثانیاً در اینجا از علم اجمالی یک علم تفصیلی به بطلان معامله متولّد می‌شود و قطعاً علم تفصیلی مؤثر است و معامله مزبور باطل است و جای صحتّ و استثناء نیست.

و اما دلیل مورد سؤم یا اعتق عبدک عتی: در اینجا عده‌ای از قبیل شیخ طوسی در مبسوط و خلاف صریحاً فرموده‌اند: چنین تملیکی ممنوع است و دلیلشان همان است که در وجه مورد اول ملاحظه شد که مجرّد تملک را سبیل می‌دانستند... ولی جواب ما همان جواب است که مجرّد ملکیت، سبیل و سلطه نیست.

قوله: و منها:

مورد چهارمی که استثنا شده و مشهور حکم به صحّت شراء کافر کرده‌اند این است که: فروشنده عبد مسلمان در ضمن عقد بیع با خریدار کافر طی کند و شرط کند که پس از خریدن و مالک شدن، عبد را آزاد کند مثلاً بگوید: «بتک بشرط العتق یا و اشترط علیک ان تعتقه» (این را شرط ضمن العقد می‌نامند و چون مشروط یعنی عتق، امر راجح و مطلوبی است شرط صحیح است و منعقد می‌شود و فاسد نیست تا لطمه به عقد بزند) و خریدار کافر هم به این شرط گردن نهد و معامله را با همین شرط انجام دهند. در اینجا هم به عقیده شهید اول در دروس و شهید ثانی در شرح لمعه معامله صحیح است و کافر مالک عبد مسلمان می‌شود و این مورد هم استثناء شده است.

ولی مرحوم شیخ در این قسم هم مناقشه دارند و می‌فرمایند: از نظر مشهور این مورد استثناء نشده و محکوم به بطلان است و کافر مالک عبد مسلم نمی‌شود چرا که پس از خریدن و مالک شدن و قبل از آزاد کردن و وفای به شرط (که ممکن است یک ساعت طول بکشد یا یک روز یا یک هفته و...) عبد مسلمان در تحت سلطنت کافر است و کافر بر او سبیل و علوّ دارد و از او کار می‌کشد و به حکم آیه نفی سبیل، چنین چیزی منفی است و نیز به حکم حدیث «الاسلام یعلو...» کافر نمی‌تواند ولو برای یک ساعت بر مؤمن و مسلم علوّ و برتری داشته باشد. و تحقیق آن است که مورد چهارم که از ابتدا با شرط ضمن عقد می‌خواهد تملک کند مثل موردی است که عبد کافر بود و ملک کافر دیگر بود ولی حالا عبد مسلمان شده و در استدامه و بقاء ملک کافر است ولی مجبور می‌شود که بفروشد، این دو باب هر دو مثال هم می‌باشند که به مجرّد اشتراط مزبور و یا اجبار بر بیع، سبیل و سلطه منتفی نمی‌شود و تا بیع یا عتق حاصل نشده کافر بر مسلمان سلطه دارد و به حکم آیه نفی سبیل، جایز نیست. پس به عقیده شیخ اعظم استثناء مورد چهارم هم ناتمام است.

قوله: و الحاصل:

در مورد سبیل که در آیه نفی شده، به قول شهید اول در حواشی سه احتمال وجود دارد:

۱- سبیل اعم باشد و شامل مجرّد ملکیت هم بشود یعنی نفس مالکیت کافر نسبت به مسلمان ولو یک لحظه هم سبیل باشد و به حکم آیه منفی باشد. طبق این احتمال از چهار مورد مذکور، تنها مورد دوم استثنائش صحیح است که کافر اقرار به حریت داشت و اصل ملکیت کافر نسبت به عبد مسلمان محرز نیست، بلکه در ظاهر حکم به عدم ملکیت می شود و چنین موردی مشمول آیه نیست. ولی مورد اولی و سوّمی و چهارمی استثنائش باطل است زیرا در موارد شراء مَنْ یَنعَقُ علیه و نیز در مورد «أَعْتَقَ عَبْدکَ عَنّی بکذا»، مجرّد ملکیت هست و کافر آنّاماً می خواهد مالک مسلمان شود و سپس آزادی صورت بگیرد و به حکم آیه مجرّد تملّک هم منفی است و کافر مالک مسلمان نمی شود ولو یک آن و استثناء ندارد. و نیز در مورد بیع با شرط عتق که به طریق اولی اصل ملکیت می آید و قابلیت بقاء و استمرار هم دارد و قطعاً مشمول آیه است و چنین مالکیتی منفی است و جای استثناء نیست.

۲- مراد از سبیل مجرّد ملکیت نیست بلکه ملکیت مستقرّ (ملکیتی که دوام و استقرار دارد) مراد است منتها نه خصوص ملک مستقرّ فعلی بلکه شأنی هم باشد کافی است یعنی ملکیتی که قابلیت بقاء و استمرار را داشته باشد، و آیه شریفه این نحو از مالکیت کافر بر مسلم را نفی می کند. نتیجه این احتمال: استثنای مورد اول و دوم و سوّم صحیح است زیرا در مورد اول و سوّم مجرّد ملکیت هست ولی قابل دوام و بقاء نیست و آیه نفی سبیل این را شامل نیست و در مورد دوم هم که اصل ملکیت هم مسلم نیست تا چه رسد به دوام و استقرار آن، ولی استثنای مورد چهارم صحیح نیست زیرا در این مورد، ملکیت کافر نسبت به مسلمان قابلیت دوام و استقرار را دارد ولو فعلاً مستقرّ نیست بخاطر شرطی که در ضمن عقد آورده اند ولی ذاتاً و قطع نظر از شرط قابلیت استقرار را دارد و مشمول آیه است و آیه آن را نفی می کند و جای حکم به صحّت نیست.

۳- مراد از سبیل خصوص ملک مستقرّ فعلی باشد یعنی اینکه در خارج کافر مالک مسلمان شود و این ملکیت ادامه داشته باشد و چیزی نتواند آن را بهم بزند، ملکیت به این نحو منفی است نه هر ملکیتی، نتیجه این احتمال: هر چهار مورد استثنائش صحیح

است زیرا در مورد دوم که اصل ملکیت منتفی است و در قسم اول و سوم هم که استقرار و بقاء ندارد ولو شأناً و در قسم چهارم هم ولو قابلیت بقاء داشت و لیکن با آمدن شرط ضمن العقدی فعلاً از دوام و استمرار افتاد و دیر یا زود باید به شرطش عمل کند و عبد را آزاد کند. پس آن را که آیه نفی می‌کند این موارد نیست و این موارد تملک صحیح است. مرحوم شیخ می‌فرماید: «خیر الامور اوسطها» یعنی ما از سه احتمال مزبور احتمال دوم را که وسط بود اختیار می‌کنیم و می‌گوییم: منظور آیه نفی مجرد ملکیت نیست زیرا مجرد ملکیت سبیل و سلطه محسوب نمی‌شود و نیز ملک مستقرّ فعلی هم لازم نیست باشد زیرا با وجود ملک مستقرّ ولو شأناً، سبیل و سلطه هست (به بیانی که در و فیه نظر فرمودند) و به حکم آیه منفی است.

قوله: ثم ان:

تملک کافر نسبت به عبد مسلمان گاهی تملک ابتدائی است یعنی ابتدا به ساکن می‌خواهد مالک شود و احداث مالکیت است و گاهی استدامه‌ای است یعنی قبلاً مالک بود و حالا هم حکم به بقاء مالکیت او می‌شود مثل موردی که عبد کافری نزد مولای کافر، مسلمان شد که از این پس مولی را اجبار به بیع می‌کنند ولی تا نفروخته است عبد تازه مسلمان کماکان در ملک او باقی است. و تملک ابتدائی هم گاهی اختیاری است یعنی کافر به اختیار خویش می‌خواهد مالک عبد مسلمان شود مثل خریدن و مالک شدن قبول هبه کردن و مالک شدن و... که اینها از افعال اختیاری است. و گاهی قهری و غیر اختیاری است مثلاً عبد کافری نزد مولای کافر بود و حالا مسلمان شده و قبل از آنکه مولی را مجبورش کنند تا عبد را بفروشد از دنیا رفت و عبد کافر هم مثل سایر اموال کافر به وارث کافر او منتقل شد که ارث ناقل قهری است نه اختیاری، یعنی وارث چه بخواهد و چه نخواهد مالک ترکۀ مورث خویش است.

تا به حال وضع مالکیت اختیاری کافر بر مسلمان روشن شد که در مواردی استثناء شد و حکم به صحّت شد. و اما تملک قهری چگونه است؟ آیا وارث کافر، عبد مسلمان را هم از پدرش ارث می‌برد یا خیر؟ در اینجا دو دسته ادله داریم:

۱- آیه نفی سبیل بنابر اینکه مجرد ملکیت را هم شامل شود، دلالت می‌کند که کافر مالک مسلمان نمی‌شود و بر مؤمن سبیل ندارد و یکی از مصادیق سبیل همین تملک کافر

نسبت به مسلمان است پس آیه می‌گوید: وارث کافر، عبد مسلمان را به ارث نمی‌برد.

۲- عموماً ارث که دلالت می‌کند بر اینکه وارث کافر از مؤرث کافر ارث می‌برد و به عموماً عبد مسلمان را هم که از اموال میّت است شامل می‌شوند و میان این دو دسته از نسب اربع عموم من وجه است و مادّه اجتماع عبد مسلمان است که از میّت کافر بر جای مانده که آیه نفی سبیل می‌گوید: وارث کافر، عبد مسلمان را ارث نمی‌برد و مالک نمی‌شود و عموماً ارث می‌گویند: این را هم ارث می‌برد و مالک می‌شود و این دو دسته تعارض و تساقط می‌کنند و نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل عملی استصحاب بقاء رقیّت و عدم حریت است یعنی چنین نیست که این عبد بطور قهری علیه میّت آزاد شود و موت او سبب اعتناق قهری عبدش باشد و یا علیه وارث آزاد شود، وجهی و مجوّزی برای اعتناق نیست، عتق هم که صورت نگرفته پس کماکان بر رقیّت باقی است. ولی نتیجه استصحاب بقاء رقیّت این نیست که: پس وارث کافر، مالک این عبد می‌شود زیرا چنین استصحابی اصل مثبت خواهد بود که حرّیت نیست بلکه نتیجه‌اش دو احتمال است: ۱- وارث کافر مالک عبد شود. ۲- امام علیه السلام که «وارث من لا وارث له» است این عبد مسلمان را مالک شود. (البته اگر در طبقات پیش از امام یک وارث مسلمانی نباشد وگرنه نوبت به امام نمی‌رسد.) پس هر دو محتمل است.

قوله: بل هو:

نه تنها احتمال می‌دهیم که امام وارث این عبد باشد بلکه تحقیق این احتمال را اقتضا می‌کند. بیان ذلک: ما در اینجا چهار دسته ادله داریم: ۱- استصحاب بقاء رقیّت ۲- آیه نفی سبیل ۳- عموماً ارث ۴- روایاتی که می‌گوید: «الامام وارث من لا وارث له» و مقتضای جمع میان این ادله آن است که: امام علیه السلام مالک عبد مسلمان شود، به این بیان: از طرفی به حکم استصحاب رقیّت، الان هم این عبد مسلمان به رقیّت باقی است و مملوک است از طرفی آیه نفی سبیل می‌گوید: وارث کافر نمی‌تواند او را ارث ببرد و وجودش کالعدم است، از طرفی هم ادله ارث او را شامل است و می‌گوید: بالاخره او نیز به ارث برده می‌شود، پس عبد مسلمان مالی است که قابل ارث بردن است و فرزند کافر هم نمی‌تواند ارث ببرد طبعاً نوبت به امام علیه السلام می‌رسد و امام وارث او است.

قوله: و بهذا التقرير:

اگر کسی اشکال کند و بگوید قانون باب ارث این است که: الا قرب فال اقرب باید پیش رفت و با وجود طبقه اول نوبت به طبقه دوم نمی‌رسد و با وجود دومی نوبت به طبقه سوم نمی‌رسد و با وجود آنها نوبت به ضامن جریره نمی‌رسد و با وجود او نوبت به مولای مُتَّق نمی‌رسد و با وجود او نوبت به امام نمی‌رسد. آنگاه با وجود وارث کافر در طبقه قبل از امام علیه السلام چگونه نوبت به امام رسید و امام مالک شد؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: این اشکال مندرج است زیرا به حکم آیه نفی سبیل، وارث کافر از ارث محروم شد و کسی که ممنوع از ارث شد وجودش کالعدم است و مثل کسی است که بیگانه است و ارث نمی‌برد، آنگاه نوبت به امام علیه السلام می‌رسد زیرا مورد ارث امام آنجا است که وارثی نباشد.

قوله: فالعمدة:

پس از راه عمومات ارث نتوانستیم ثابت کنیم که وارث کافر، عبد مسلمان را هم به ارث می‌برد و قهراً مالک می‌شود، چون این عمومات معارض پیدا کرد، آنگاه عمده دلیل ما بر جواز ارث بردن و مالک شدن، وجود اجماع است که همه فرموده‌اند و محقق ثانی هم در جامع المقاصد تصریح به اجماع کرده است.

قوله: ثم هل يلحق:

نواقل یا اسباب مُملَک دو دسته هستند: ۱- نواقل اختیاری مثل خریدن و هبه کردن و... ۲- نواقل قهری و غیر اختیاری مثل ارث بردن و... حال آیا هر نوع تملک قهری ملحق به ارث است و همانطوری که کافر از راه ارث بردن مالک قهری عبد مسلمان می‌شد از راههای دیگر هم مالک می‌شود؟ یا حکم مزبور مختص به ارث است و سایر تملکات قهری ملحق به ارث نیست و کافر از آن راهها مالک مسلمان نمی‌شود؟ و یا تفصیل در کار است به اینکه: گاهی تملک قهری از یک سبب اختیاری سر چشمه می‌گیرد، (مثلاً بایع کافری عبد کافرش را به مسلمانی فروخت و در ضمن عقد برای مشتری شرط خیار کردند که این خیار مجعول به جعل متعاقدين است و اختیاری است،

سپس در مدت خیار، عبد کافر مسلمان شد و بعد مشتری اِعمال خیار کرد و معامله را فسخ کرد، بدین وسیله بایع کافر مجدداً مالک این عبد می‌شود و به اختیار او هم نیست

بلکه مشتری با فسخ باعث این تملک قهری برای کافر شده ولی سبب اختیاری است که حق الخيار معمول به جعل طرفین باشد. چنین موردی ملحق به ارث نیست و کافر مالک عبد مسلمان نمی شود. و گاهی تملک قهری دارای سبب اختیاری نیست (مثلاً در همان مثال قبلی شارع مقدس خيار مجلس یا حیوان یا غیره را برای مشتری جعل کرده و به اختیار طرفین نیست و بعد مشتری با استفاده از این حق الخيار معمول از ناحیه شارع معامله را فسخ کند و عبد مسلمان دوباره ملک کافر شود که تملک قهری است و از سبب غیر اختیاری سر چشمه می گیرد.) چنین موردی ملحق به ارث بشود و کافر مالک عبد مسلمان گردد؟

مرحوم شیخ می فرماید: در قدم اوّل ما وجه وسط را اختیاری می کنیم زیرا دلیل جواز ارث و تملک قهری اجماع است و اجماع دلیل لّبی است و به قدر متیقّن آن که باب ارث باشد اکتفا می شود و در سایر موارد به عموم آیه نفی سبیل بر می گردیم. و در قدم دوّم اگر کسی قول وسط را خدشه کند ما وجه اخیر یعنی تفصیل را ترجیح می دهیم.

قوله: ثمّ آنّه:

تا به حال وضع تملک کافر نسبت به عبد مسلم روشن شد و مواردی تملک ابتدائی اختیاری بود که به صورت مستثنیات بیان شد و چهار مورد بود که فعلاً کاری با این موارد نداریم چرا که در این موارد خود به خود مالکیت کافر نسبت به عبد مسلمان بقاء و استمرار ندارد. و مواردی هم تملک ابتدائی قهری بود که قدر متیقّن باب ارث بود و الحاق سایر نواقل قهری به ارث مشکل پیدا کرد. و مواردی هم تملک استدمه ای بود که عبد کافری نزد مولای کافر بود و بعد مسلمان شد و فعلاً مالکیت کافر هست و منتفی نشده است حال در اینگونه موارد که مالکیت کافر محفوظ است حکم آن است که: بدون هیچ اشکال و اختلافی همه فقهاء متفق القول می گویند: مولای کافر مجبور است عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشد و اگر خودش نفروشد مسلمانان علیه او خواهند فروخت و طیب نفس او در این مورد شرط نیست، و به هر حال شرعاً عبد کافر در ملک کافر باقی نمی ماند و دوام و استمرار پیدا نمی کند بلکه دیر یا زود از چنگ او خارج می شود و به مسلمین فروخته می شود و دلیل این مطلب روایتی است که از امام علی علیه السلام وارد شده است:

عبد کافری مسلمان شده بود و امام علی علیه السلام فرمود: بروید و او را به مسلمانان بفروشید و پولش را به مولای کافرش بدهید (تا متضرر نشود) و مبادا بگذارید عبد مسلمان در نزد کافر و به ملکیت او باقی بماند.

قوله: و منه:

در قدم اوّل خود مولای کافر باید عبدش را به مسلمان بفروشد و در قدم بعدی اگر کافر امتناع کرد و عبد مسلمان را نفروخت حاکم شرع (فقیه جامع شرائط) متولّی بیع می شود و عبد را به مسلمانان می فروشد.

قوله: و یحتمل:

در رابطه با ولایت بر بیع عبد مسلمان سه احتمال وجود دارد:

۱- ابتدائاً فقط مالک کافر حق بیع دارد و اگر امتناع کرد نوبت به حاکم شرع یا عدول مؤمنین می رسد.

۲- ابتدائاً هر یک از مالک و حاکم ولایت دارند و هر کدام می توانند بفروشند. (مثل پدر و جدّ پدری)

۳- ابتدائاً فقط حاکم شرع ولایت دارد و کافر نمی تواند بفروشد.

حال در فراز قبلی سخن از ترتیب و طولیت بود، ولی در اینجا می فرمایند: بعید نیست که حاکم شرع از ابتدا ولایت بر بیع داشته باشد چه کافر امتناع بکند یا نه، دلیل ولایت حاکم آن است که: کافر گرچه مالک عبد مسلمان است ولی قابلیت سلطنت و استیلاء و دخل و تصرف در عبد مسلمان را ندارد و بیع تصرف ناقل است و کافر سییل و سلطه ندارد و محجور است و لذا حاکم شرع فقط حق دارد بفروشد. و کافر حق ندارد آری حدّا کثر آن است که به حکم نصّ (روایت امام علی) و فتوای فقهاء کافر مالکیت دارد ولی سلطه ندارد. و لذا در تعابیر فقهاء کلمه «یَبِيعُ هُوَ» نیامده تا منظور این باشد که خود کافر می فروشد، بلکه کلمه یُبَاعَ علیه به صورت فعل مجهول آمده یعنی علیه کافر فروخته می شود یعنی دیگران این کار را می کنند نه خودش.

قوله: بل صرح:

به نظر ما مالکیت بود ولی سلطنت نبود، ولی فخر الدین در ایضاح تصریح کرده به اینکه به مجرد مسلمان شدن عبد، اصل مالکیت مولای کافر زائل می شود نه اینکه مالک

هست ولی سلطنت ندارد، آری تنها یک حقّی دارد که حقّ استیفاء ثمن باشد یعنی پس از اینکه حاکم یا مسلمین عبد او را فروختند، او حق دارد بگوید: ثمن آن را به من بدهید، و بیش از این حقّی ندارد. البته مرحوم شیخ این را قبول ندارد و می‌فرماید: زوال ملکیت بر خلاف نصّ و فتوی است و حقّ این است که تملک دارد ولی تسلط ندارد.

قوله: وکیف کان:

می‌دانیم که بیع احکامی دارد یکی از احکام مهم آن خیارات است که طرفین یا یکی از آنها حق الخیار پیدا می‌کند از قبیل: خیار مجلس، شرط، حیوان، عیب، غبن و... حال اگر حاکم شرع متولّی بیع شد و عبد مسلمان را به مسلمانان فروخت، احکامی دارد که شیخ اعظم ره مطرح نمی‌کنند. ولی اگر خود مولای کافر متولّی بیع شد و عبدش را به مسلمانان فروخت (با این فرض که بیع او صحیح و نافذ باشد و این مقدار سبیل و حقّ تصرف ناقل داشته باشد که در واقع مقدّمه بر چیدن سبیل است.) آیا در این معامله هم حقّ الخیاری در کار است یا خیر؟ آیا خود کافر حقّ الخیار دارد؟ آیا مشتری مسلمان حق خیار دارد؟ شیخ اعظم می‌فرماید: خیر حقّ الخیاری نیست نه به نفع مولای کافر که حق الخیار برای او جعل شده باشد و نه بر ضرر او که حقّ الخیار علیه او جعل شود و برای طرف مقابل یعنی مشتری مسلمان جعل شود، خیر برای هیچکدام نیست و شهید اول هم در حواشی درباره خیار مجلس و خیار شرط، همین رأی را دارد. و دلیل نفی خیار آن است که: خیار چنانکه در مبحث خیارات خواهد آمد، احداث و ایجاد ملک جدید است (که با فسخ و اعمال خیار از هم اکنون بایع دوباره مالک میباید شود) و چنین ملکیت جدید و مستحدثی سبیل است و به برکت آیه نفی سبیل نفی شده است.

قوله: لتقدیمه:

اگر شما بفهمائید: تنها آیه نفی سبیل که نیست، ادله خیارات هم هست که با آیه نفی سبیل عامّین من وجه هستند و در ماده اجتماع که بیع عبد مسلم باشد تعارض می‌کنند و جای آیه مذکور نیست. در جواب می‌گوییم: بر مسلک مشهور عنوان نفی سبیل مثل عنوان نفی ضرر و حرج از عناوین ثانویه است و ادله عناوین ثانویه بر ادله عناوین اولیه حکومت دارند و مقدّم هستند پس با وجود آیه نفی سبیل نوبت به ادله خیارات نمی‌رسد. همانگونه که به عقیده مشهور آیه نفی سبیل بر عموماً و اطلاقات صحّت بیع

هم مقدّم و حاکم بود (گرچه مرحوم شیخ اعظم حکومت را در آنجا تسلیم نشدند). نتیجه: پس خیارى در این معامله نیست نه برای فروشنده کافر و نه برای خریدار مسلم.

قوله: و یمكن:

شافعیّه قاعده‌ای دارد به این عنوان که: «الزائل العائد کالذی لم یزل او کالذی لم یعد»؟ یعنی چیزی که زائل شده بود و مجدداً عود کرده مثل آن چیزی است که اصلاً زائل نشده بود و کأن همیشه بوده؟ یا مثل چیزی است که هرگز عود نکرد و برنگشت و اینکه هست چیز جدیدی است نه همان امر قدیم که عود کرده باشد؟ و هر کدام نتایجی دارد. حال ممکن است کسی مسأله ما را (خیار فسخ داشتن کافر) بر آن قاعده مبتنی کند و بگوید: یک زمانی کافر مالک عبد مسلمان بود و بعد آن را فروخت و ملکیت زائل شد و حال مجدداً اعمال خیار می‌کند و عبد را به ملک خود بر می‌گرداند. حال اگر این ملکیتی که زائل شده بود و الان با فسخ کردن عود می‌کند مثل آن ملکیتی باشد که اصلاً زائل نشده و کأن هنوز نفروخته است، نتیجه ثبوت خیار فسخ است زیرا با فسخ کردن همان ملکیت سابق بر می‌گردد و فرض این است که آن ملکیت مورد امضای شارع بود و نفی ملکیت نکرده بود، آری امر به ازاله آن کرده بود که حالا هم پس از فسخ و عود ملکیت باید دوباره به مسلمان دیگر بفروشد. ولی اگر ملکیت عود کرده در سایه فسخ، مثل ملک اوّل نباشد بلکه ملک جدید و مستحدث باشد، نتیجه عدم ثبوت خیار فسخ است، زیرا با فسخ یک ملک جدید درست می‌شود و چنین ملکیتی از سوی شارع امضاء نشده بلکه با آیه نفی سبیل ابطال شده است.

قوله: و لکن:

ما اصل مبنای مذکور را (الزائل العائد کالذی لم یزل او کالذی لم یعد) قبول نداریم زیرا به جائی بند نیست و مستندی ندارد. و آنکه مستند و دارای دلیل است اینکه: آیه نفی سبیل می‌گوید: کافر مالک عبد مسلمان نمی‌شود و قدر متیقنی که از این عموم خارج شده صورت تملک قهری در سایه ارث بردن است که اجماعاً جایز بود و مازاد بر آن که با اعمال خیار مالک شود مشکوک است به برکت آیه نفی سبیل حکم به نفی آن می‌کنیم. در نتیجه در بیع مذکور خیارى نیست نه برای کافر و نه برای مشتری مسلمان.

قوله: نعم:

آری اگر در معامله مذکور مُثْمَن (عبد مسلمان) یا ثَمَن (وجه یا جنسی که مسلمان به کافر در عوض عبد داده) معیوب بود حَقّ الخيار عیب دارند ولی فقط می تواند ارش و ما به التفاوت صحیح و معیب را اخذ کند وگرنه حَقّ ردّ ندارد.

قوله: ویشکل:

خيارات در تقسیمی دو دسته می شود: ۱- خياراتی که از تضرّر یک طرف سر چشمه نمی گیرد و دلیل آنها قاعده لا ضرر نیست مثل خيار مجلس، حيوان، شرط، و... ۲- خياراتی که از تضرّر سر چشمه می گیرد و برای دفع ضرر جعل می شود و دلیل آنها قانون لا ضرر است مثل خيار عُتْن، عیب تدلیس، تأخیر و... حال قسم اوّل از خيارات در معامله عبد مسلمان نیست ولی قسم دُوم را نمی توانیم نفی کنیم زیرا دلیل آن قاعده لا ضرر است و لا ضرر بر آیه نفی سبیل حکومت دارد و منظور از قوّت ادلّه نفی ضرر همین است آنگاه علی القاعده باید گفت: این دسته از خيارات ثابت است. ولی باز هم مرحوم شیخ تفصیل می دهند به اینکه: اگر مولای کافر متضرّر می شود حق الخيار ندارد چون خودش بر ضررش اقدام کرده زیرا منشأ تضرّر، کفر او است و کفر اختیاری است و کسی که اختیار کفر کرده در حقیقت غیر مستقیم اقدام به ضرر خویش کرده و دیگری ضامن نیست. ولی اگر مشتری مسلمان متضرّر می شود حَقّ الخيار دارد و می تواند معامله را فسخ کند.

قوله: و یظهر:

وقتی مولای کافر مجبور می شود و عبد مسلمان را به مسلمانی منتقل می کند این نقل و انتقال گاهی به عقد لازم از قبیل بیع است که تا به حال حکمش بیان شد. وگاهی به عقد جایز است یعنی عبد مسلمان را به مسلمانی هبه و هدیه می کند (و می دانیم که قانون هبه اینست که تا لازم نشده و متهب در مال موهوب تصرف نکرده، واهب حَقّ رجوع دارد). حال آیا کافر حَقّ رجوع دارد یا نه؟ می فرماید: از مطالبی که در رابطه با بیع گفتیم که حَقّ فسخ نداشت، حکم هبه هم روشن می شود که حَقّ رجوع ندارد به همان بیان که ملک جدید است و با آیه نفی سبیل مرتفع می شود.

قوله: و خالف:

به عقیده مشهور، مولای کافر نه حق فسخ داشت و نه حق رجوع در هبه، ولی محقق ثانی در جامع المقاصد به پیروی از شهید اول در دروس با رأی مشهور مخالفت کرده و فرموده‌اند: کافر حق الخيار دارد و اگر متاع معیوب بود می‌تواند آن را به صاحبش رد کند و عیدش را بگیرد. و دلیل محقق ثانی اینست که: عقد چه جایز و چه لازم دارای آثار و لوازم و مقتضیات و احکامی است که حتماً این لوازم بر عقد مترتب می‌شود و صرف اینکه مبیع عبد مسلمانی است که کافر به مسلمانان فروخته است، باعث نمی‌شود که از آثار عقد رفع ید شود، زیرا رفع ید از این آثار نیاز به مقتضی و دلیل دارد و دلیلی نداریم و اگر کسی بگوید: آیه نفی سبیل دلیل بر خروج از این آثار و لوازم است و به حکم آیه خیاری نیست خواهیم گفت: این آیه اگر مقتضی بود می‌بایست از اصل ملکیت رفع ید شود و بگوییم: اصلاً کافر مالک مسلمان نیست، در حالی که چنین نکردیم، پس آیه مزبور دلیل بر رفع ید از لوازم عقد نیست. حال که لوازم عقد باقی و محفوظ است.

پس اگر کافر به معامله معاطاتی عبد مسلم را به مسلمان بفروشد احکام معاطات جاری می‌شود (تا عین مثنی و ثمن موجود است طرفین حق ترداد دارند و می‌توانند عوضین را به یکدیگر برگردانند.) و نیز اگر عبد مسلمان را به مسلمانان هبه کرد باز احکام هبه را دارد یعنی تا زمانی که متهب تصرف نکرده و هبه، لازم نشده واهب کافر حق رجوع در هبه دارد. آری این مقدار را می‌پذیریم که: حاکم شرع می‌تواند از اول کافر را ملزم سازد به اینکه کلیهٔ خيارات را در متن عقد اسقاط کند و بدون خيار معامله کند، یا ملزم کند که عقد جایز انجام ندهد و به نقل لازم، عبد مسلمان را به دیگری منتقل کند البته مشروط بر اینکه از این ناحیه خسارتی بر مال وارد نشود، ولی اگر از اول چنین الزامی نبود و کافر عبد مسلمان را فروخت یا هبه کرد آثار و احکام که خيار فسخ و جواز رجوع و... باشد ثابت است و کافر حق فسخ و رجوع دارد.

قوله: و فیما ذکره نظر:

مرحوم شیخ می‌فرماید: سخنان محقق ثانی از اول تا آخر قابل مناقشه است؛ اما اینکه فرمودند: حق الخيار از لوازم بیع است و حق رجوع از لوازم هبه است و چیزی که مقتضی و دلیل بر خلاف باشد و موجب شود که ما از این لوازم رفع ید کنیم وجود ندارد،...

مرحوم شیخ می‌فرماید: اتفاقاً مقتضی و دلیل داریم و آن عموم آیه نفی سبیل است که بصورت نکره در سیاق نفی می‌گردد: کافران بر مؤمنان هیچ سبیلی ندارند و بنابر اینکه سبیل ملکیت را هم شامل شود، معنای آیه نفی هر گونه تملّکی از کافر نسبت به مسلمان است و قدر متیقّن آن است که: عموم آیه به باب ارث تخصیص خورده و باب تملّک قهری به ارث خارج شده است و اجماع قائم بود بر جواز ارث بردن، ولی آیا به باب عود ملکیت توسط اِعمال خیار و فسخ معامله یا توسط رجوع در هبه، نیز تخصیص خورده است که بگوییم: کافر نمی‌تواند مالک مسلمان شود مگر در موردی که فسخ کند یا رجوع کند که اگر چنین کرد مالک شود؟ آیا چنین است؟ می‌فرماید: تخصیص آیه به این موارد دلیل ندارد و وقتی شک در تخصیص زائد می‌کنیم باز اصالة العموم جاری می‌شود و به حکم عموم آیه نفی سبیل نوبت به اعمال خیار یا رجوع در هبه نمی‌رسد.

و اما اینکه فرمودید: عقد بیع مستلزم خیارات است یا عقد هبه مستلزم جواز رجوع است و اینها از لوازم عقد می‌باشند و هر جا ملزوم بود باید لازم هم باشد. می‌گوییم: این استلزام یک امر عقلی که نیست تا انفکاک لازم از ملزوم عقلاً محال و ممتنع باشد و ثبوت لازم بر فرض ثبوت ملزوم ضروری و حتمی باشد، بلکه این آثار و لوازم تابع ادلّه آنها است یعنی به برکت ادلّه خیارات، حق الخیار ثابت می‌شود و به برکت ادلّه جواز رجوع در هبه، این رجوع ثابت می‌شود و وقتی این احکام تابع ادلّه خودشان بودند می‌گوییم: از نظر مشهور آیه نفی سبیل بر ادلّه خیارات و جواز رجوع تقدّم دارد و مختص این ادلّه است (البته چون نسبت‌ها عموم و خصوص من وجه است جای تخصیص مصطلح نیست و جای حکومت است) و با وجود دلیل حاکم نوبت به دلیل محکوم نمی‌رسد (البته جا داشت تفصیل بدهند و بفرمایند: اگر دلیل خیار قانون لا ضرر باشد، این دلیل الخیار است که قویتر است و اگر ادلّه خاصّه دیگر یا اجماع و حکم عقلی باشد که دلیل لَبّی هستند، آیه نفی سبیل از آنها قویتر است) و از نظر مشهور آیه نفی سبیل بر ادلّه صحت و لزوم بیع (احلّ الله البيع، اوفوا بالعقود...) که به مراتب قویتر از ادلّه خیارات بودند مقدّم و حاکم بود تا چه رسد به این ادلّه که خیلی ضعیف تر هستند و تقدیم آیه نفی سبیل بر اینها خیلی راحت است.

قوله: ومع:

بر فرض که مسأله حکومت ثابت نشود و آیه نفی سبیل بر ادلهٔ خيارات حاکم نباشد بلکه ادلهٔ خيارات قدرت مقاومت داشته باشد باز می‌گوییم: در مادهٔ اجتماع که حق الخيار در مورد عبد مسلمان باشد، دو دسته تعارض و تساقط می‌کنند و نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل عملی در اینجا استصحاب بقاء ملک مشتری مسلمان و عدم زوال آن است زیرا قبل از فسخ کافر و اعمال خيار او که عبد ملک مشتری مسلمان گردیده بود حال پس از فسخ شک در بقاء ملک داریم، از استصحاب بقاء ملک (استصحاب وجودی) و عدم زوال ملک (استصحاب عدمی) بهره می‌گیریم. ولی بلافاصله می‌فرماید: فتأمل که شاید اشاره باشد به اینکه: بر مسلک شیخ طوسی که تا مدت خيار منقضى نشود اصلاً مبيع ملک مشتری مسلمان نشده تا استصحاب ملک جاری شود و بر مسلک مشهور هم که به مجرد عقد، ملکیت می‌آید این بحث مطرح است که آیا علقهٔ مالکیت کافر به کلی منقطع شد یا ضعیف و باریک شده ولی از بین نرفته؟ اگر از بین رفته باشد جای استصحاب ملک مشتری است ولی اگر ضعیف شده باشد و هنوز باقی باشد هم جای استصحاب بقاء ملک بایع است و هم مجرای استصحاب بقاء ملک مشتری و باید دید کدام استصحاب مقدم است؟ و اگر تقدّمی نبود تعارض و تساقط است و از استصحاب طرفی نمی‌بندیم.

و اما اینکه فرمودید: آری حاکم شرع کافر را ملزم می‌سازد به اینکه به عقد جایز منتقل نکند، به بیع لازم هم که منتقل می‌کند همهٔ خيارات را اسقاط کند... ما می‌گوییم: چه فرق است میان اینکه حق رجوع و خيار باشد ولی حاکم مجبورش کند که اسقاط نماید یا به قول مشهور از اول حق الخياری نباشد؟ اگر فرقی ندارد پس بهتر آن است که بگوییم: از اول حق الخياری نیست و مسألهٔ بیع عبد مسلمان از سوی کافر به مسلمان دیگر همانند مسألهٔ تصرف در زمان خيار است و همانطوری که اگر ذی الخيار در مدت خيار در مالی که در اختیار او است تصرف کند این تصرف مُسَقَط خيار او است هکذا نقل عبد مسلم به مسلمانان هم مسقط خيار است یعنی از آغاز حق الخياری ندارد.

قوله: ومما ذکرنا:

مرحوم علامه در قواعد فرموده: اگر کافری عبد مسلمانش را به مسلمانی بفروشد و در

مقابل پارچه‌ای را به عنوان ثمن از مشتری مسلمان دریافت کند، سپس عیبی در آن پارچه بیاید (حق الخيار عیب دارد و) می‌تواند پارچه معیوب را به مشتری برگرداند، ولی پس از اعاده ثمن آیا حق دارد خود عبد مبیع را استرداد کند؟ یا فقط حق دارد بدل آن یعنی قیمتش (چون عبد از قیمت است) از مشتری بگیرد نه خود عبد را؟ علامه فرموده؟ فیه نظر یعنی دو وجه وجود دارد:

۱- استرداد خود عبد تملک اختیاری کافر نسبت به مسلمان است و ملکیت ابتدائی اختیاری به حکم آیه نفی سبیل، متفی است پس حق ندارد خود عبد را برگرداند. این دلیل استرداد قیمت است.

۲- ردّ عوض به وسیله عیب یک حکم قهری و نباش بر قهر و جبر و غیر اختیار است یعنی شارع این حق را به او داده نه اینکه اختیاری او باشد همانند ارث که امری قهری است، اگر این باشد پس حق استرداد خود عبد را هم دارد.

قوله: محلّ تأمل:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از جوابی که به محقق ثانی دادیم، دانسته می‌شود که سخن علامه نیز قابل مناقشه است که برای کافر حق الخيار عیب قائل شد و گفت: می‌تواند ثمن را رد کند و به قولی مثنی را برگرداند. و از نظر مشهور کافر «لا خيار له ولا علیه» آری راه دیگری برای تصحیح کلام علامه وجود دارد و آن اینکه: ما دو دسته ادله داریم: ۱- ادله خيار عیب ۲- آیه نفی سبیل، و قاعده این است که حتی الامکان میان آنها جمع شود و جمع به این است که بگوییم: به حکم دلیل الخيار، برای کافر حق الخيار هست و به حکم آیه نفی سبیل خود عبد به ملک او بر نمی‌گردد و نوبت به بدل آن می‌رسد و در حقیقت نفی سبیل خود عبد به ملک او بر نمی‌گردد. و نوبت به بدل آن می‌رسند و در حقیقت نفی سبیل مانع شرعی است و مانع شرعی مثل مانع عقلی است و همانطور که اگر مبیع تلف شده بود و بایع اعمال خيار می‌کرد نوبت به اخذ بدل می‌رسد، هکذا اگر تلف نشده ولی منع شرعی دارد باز به منزله تعدّر عقلی است و نوبت به مطالبه بدل می‌رسد.

قوله: و هو حسن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: جمع مذکور پسندیده است ولی جای یک اشکال باقی است و آن اینکه کسی بگوید: استحقاق کافر بر اخذ بدل کاشف از استحقاق او بر خود عین و

عبد مسلمان است وگرنه نمی توانست بدل بگیرد، و استحقاق بر خود عبد اشکال دارد و آیه نفی سبیل آن را بر می دارد پس حقّ اخذ بدل هم ندارد (و باید به ارش گرفتن بسنده کند و حقّ ردّ ثمن را ندارد) سپس مرحوم شیخ شاهی می آورد: اگر مملوک مسلمان را به مَنْ ینعتق علیه بفروشنند و کافر پدر یا مادرش را خریداری کند و عیبی بیابد او نیز حق فسخ ندارد زیرا اگر حق فسخ باشد و فسخ کند خود عبد یا امه که منعتق شده پس باید بدلش را بگیرد و استحقاق بدل کاشف از استحقاق مبدل است و با آیه نفی سبیل منفی است.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره به این باشد که: استحقاق بدل سبیل و سلطه نیست وگرنه استیفاء حق هم باید سبیل باشد، مطالبه قرضش هم باید سبیل باشد در حالی که نیست.

مسأله دیگر تملک کافر نسبت به مصحف

آخرین مسأله دربارهٔ شروط متعاقدين دربارهٔ تملک کافر نسبت به مصحف است: اگر مالکیت کافر نسبت به مصحف موجب هتک حرمت و سبب نجاست و آلوده شدن مصحف باشد قطعاً جایز نیست و کاری به این فرض نداریم، همچنین مسألهٔ بیع مصحف به کافر هم فعلاً مطرح نیست چرا که در خاتمهٔ مکاسب محرّمه راجع به بیع مصحف مبسوطاً بحث شد، و فعلاً کلام در مطلق تملک کافر نسبت به مصحف است چه از راه ارث بردن باشد، یا از راه هبه و هدیه باشد یا از طریق استنساخ باشد و... آیا نقل مصحف به کافر و مالکیت کافر نسبت به مصحف جایز است یا خیر؟ مشهور طرفدار عدم جوازند شیخ طوسی^۱ و محقق اول^۲ در کتاب جهاد همین را گفته‌اند، علامه در کتابهای^۳ همین را فرموده جمهور فقهای متأخر از علامه هم همین را گفته‌اند.

ابن جنید اسکافی گفته: مختار من این نیست که کافر بتواند مصحف و قرآن را رهن کند و مسلمان قرآن را نزد او گرو بگذارد (پس نقل و تملیک به کافر به طریق اولی ممنوع است). و نیز هر آنچه احترام و تعظیم آن بر مسلمان واجب است حق ندارد نزد کافر گرو بگذارد، و نیز بچه‌های صغیر (منظور بچه‌ای است که مملوک باشد) را نباید نزد کافر گرو بگذارند (پس مملوک کبیر را گرو بگذارند مانعی ندارد). اینهم کلام اسکافی.^۴

قوله: و استدلو!

مشهور برای عدم جواز نقل قرآن به کافر به دو دلیل استدلال کرده‌اند:

۱- احترام قرآن بر مسلمانان واجب است و نقل آن به کفار باعث بی‌احترامی به قرآن است و جایز نیست.

۲- از نظر مشهور بیع و تملیک عبد مسلمان به کافر جایز نبود پس نقل مصحف به کافر به طریق اولی جایز نیست (زیرا احترام عبد مسلمان هم بخاطر اسلام است و ارتباط قرآن با اسلام قویتر و بلکه خود اسلام است و احترامش واجبتر است).

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۶۲. ۲. شرایع، ج ۱، ص ۳۳۴.

۳. تذکره، ج ۱، ص ۴۶۳، و قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.

۴. به نقل علامه در مختلف، ج ۵، ص ۴۲۲.

قوله: وما ذكروه حسن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: مدّعی مشهور نیکو است (که قائل به عدم جوازند) ولی دلیلهای آنها ناتمام است و خالی از اشکال نیست (اما دلیل اوّل: مسأله بی‌احترامی به قرآن کلیّت ندارد زیرا گاهی ملک کافر است ولی در کتابخانه است یا در اختیار مسلمانی است یا در مسجد و مدرسه مسلمانان است و در این موارد بی‌احترامی به قرآن نشده، و اما دلیل دوّم: ما در خود عبد مسلمانی هم تملیک و نقل او را به کافر جایز دانستیم پس جای مقایسه کردن مصحف با عبد مسلمانی نیست.) (به قول محشّین بزرگوار: اگر ادلّه قول مشهور ناتمام است پس ادّعی آنها هم بی‌دلیل است و ادّعی بی‌دلیل که تحسین ندارد که شیخ فرمود: و هو حسن.)

قوله: وفي الحاق:

آیا احادیث نبوی ﷺ هم در حکم قرآن است و نقل آنها به کافر جایز نیست؟ شیخ طوسی در مبسوط^۱ تصریح به الحاق کرده و فرموده: اینها مثل قرآن قابل نقل به کفار نیستند. محقّق در شرایع^۲ تصریح به کراهت کرده است و علامه در تذکره^۳ مردّد شده که جای الحاق هست یا نیست. پس سه قول شد:

۱- حرمت ۲- کراهت ۳- تردّد و توقّف.

قوله: ولا یبعد:

احادیثی که منسوب به رسول خدا ﷺ است دو دسته است.

۱- خبرهای متواتر که اسنادش به پیامبر ﷺ قطعی است و معلوم الصدور هستند.

۲- خبرهای واحدی که معلوم الصدور نیستند، حال آیا هر دو دسته روایات ملحق به مصحف است؟ ظاهر کلام قوم آن است که: دسته اوّل ملحق هستند چون وقتی می‌گوییم: کلام پیامبر ﷺ، منظور کلامی است که قول رسول ﷺ بودنش معلوم باشد. ولی شیخ می‌فرماید: بعید نیست که خبرهای واحد هم همین حکم را داشته باشد (چون کثیری از اینها از پیامبر صادر شده و علم اجمالی داریم) و در هر حال احادیث صادره از ائمه اطهار علیهم السلام حکمش حکم احادیث نبوی ﷺ است. (پایان جلد ششم)

۲. شرایع، ج ۱، ص ۳۳۵.

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۶۴.

۳. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

